

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 28 octobre 1901, à 8 h.

PAR

CHARLES MANTEL

Président : M. PLANIOL.

Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur.
BARTIN, agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1901

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le lundi 28 octobre 1901, à 8 heures

PAR

CHARLES MANTEL

Président : M. PLANIOL.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur.
BARTIN, agrégé.*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1901

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES FRÈRES ET SOEUR



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES

INTRODUCTION

Parmi les institutions de notre droit civil qui sont sorties de nos anciennes coutumes sans qu'il soit possible de trouver dans la législation et la pratique romaines d'autres traces qu'un petit nombre de documents, épars dans quelques testaments ou quelques textes, conçus dans des termes très étroits et précis et dans un but très spécial, l'institution des exécuteurs testamentaires tient une place intéressante. A la différence de la plupart de nos institutions du droit français, et surtout du droit civil, qui sont issues du droit romain sans subir d'autres transformations que celles exigées par les variations de la jurisprudence et de la législation de chacun des pays dérivés de l'ancien Empire romain, l'exécution testamentaire ne s'est vraiment développée et généralisée à toutes les volontés du testateur que sous la double influence du droit canonique et des institutions germaniques, dans lesquelles sont d'ailleurs venues se fondre les pratiques isolées, usitées à Rome, dont nous verrons bientôt quelques exemples.

Et l'institution qui nous occupe a pris sous ces diverses impulsions une extension si rapide que, lors de la rédaction générale des coutumes, et même déjà du temps de Beaumanoir, nous la verrons apparaître avec tous les caractères qu'elle conservera à travers les trois siècles qui suivent cette fixation des coutumes de toute la France; aussi les rédacteurs du Code civil ne chercheront pas à modifier la nature, le but ni les effets de l'exécution testamentaire, non plus que les règles que la coutume, passée à l'état de loi écrite, et la jurisprudence ancienne lui imposèrent dans la suite des temps.

Peut-être même y a-t-il lieu de critiquer nos législateurs de l'Empire de ne pas avoir plus tenu compte de la liberté de tester que des règles trop étroites où était enfermée cette création de notre ancien droit sous l'influence des jurisconsultes des derniers siècles, et de ne pas avoir donné à cette pratique reconnue par la loi dans une certaine limite une extension telle que la volonté du testateur pût lui survivre et s'imposer à ses successeurs avec une réelle efficacité, tout en respectant les droits naturels des réservataires tels que la loi les protège.

Mais, avant d'aborder successivement l'examen de la nature de l'exécution testamentaire, des qualités exigées de l'exécuteur et pour sa nomination, et quant à la capacité requise, enfin des droits, pouvoirs et obligations de l'exécuteur testamentaire et des causes de cessation de ses fonctions; avant aussi de conclure sur l'utilité de cette institution et sur les moyens d'en étendre l'appli-

cation le plus possible, il est, croyons-nous, nécessaire d'en bien pénétrer les origines : cette rapide étude, en effet, nous permettra de discerner le but poursuivi successivement par l'Église, les jurisconsultes et les testateurs eux-mêmes dans l'insertion de ces dispositions au sein des testaments, dès que ceux-ci apparaissent dans notre droit.

Nous verrons ainsi qu'en droit germanique, d'où le testament était exclu par la coutume, une institution toute différente des pratiques romaines spéciales; mais que la coutume et le droit canonique fondirent avec elles, se développa malgré l'absence de l'acte à cause de mort tombé en désuétude ou inexistant. Et c'est de la combinaison de ces trois sources qu'est sortie l'exécution testamentaire telle que nous la voyons apparaître à la fin du moyen âge et plus nettement encore au XV^e siècle dans les diverses coutumes avec quelques divergences assez notables d'ailleurs entre celles du Nord, du Centre et du Midi, divergences que fera disparaître le Code en prenant la solution qui lui semblera préférable, en général celle de la coutume de Paris, et parfois celle de la coutume d'Orléans, et toujours sous l'influence de Pothier qui reste prépondérante en beaucoup d'articles de notre Code civil.

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION HISTORIQUE.

§ 1^{er}. — Des exécuteurs testamentaires à Rome et jusqu'au X^e siècle.

M. Esmein, dans son cours de l'École des Hautes Études, renouvelant la doctrine de nos vieux érudits, a découvert la première origine des exécuteurs testamentaires dans certaines pratiques romaines. Nous ne cherchons pas ici à faire autre chose qu'un exposé de ces pratiques, sans entrer dans une discussion approfondie de la réalité de cette origine, combattue par la majorité des auteurs qui rattachent uniquement notre institution aux salmanns germaniques usités dès les temps les plus reculés chez les peuples Barbares, où l'ignorance ou l'exclusion de l'acte à cause de mort entraînait l'intervention de tiers, pour parfaire les dispositions dont le défunt ne laissait pour ainsi dire que l'ébauche et l'indication sans pouvoir en assurer la pleine efficacité après sa mort. D'ailleurs, comme nous le verrons, ce rôle était beaucoup plus large que celui de nos exécuteurs testamentaires actuels : le plus souvent les membres de la famille jouaient eux-mêmes ce rôle, mais parfois aussi des personnes de confiance ou exécuteurs testamentaires dont les origines re-

montent à l'époque franque ; pour que le défunt pût faire parvenir à des étrangers, surtout à des établissements religieux, ce qui nous explique l'influence de l'Eglise et son intervention, une partie de la fortune amassée par des dangers ou des travaux souvent courus ou effectués en commun avec sa famille, il fallait qu'un autre que ses héritiers présidât à la distribution des legs dont il enlevait à ces derniers la propriété définitive.

Quoi qu'il en soit de l'opinion générale, principalement exposée par les Allemands (1), qu'intéressaient grandement ces questions de l'ancien droit germanique, — et de l'opinion nouvelle et intéressante de M. Esmein, d'ailleurs fondée sur les idées de nos très anciens érudits, nous dirons que les deux sources existent également sans nous prononcer sur la prépondérance de l'une sur l'autre, mais en faisant observer que l'impulsion véritable, donnée à cette institution pour la faire sortir, d'une part des cas très spéciaux du droit romain, de l'autre des mains de la famille germanique, et pour en faire une véritable œuvre en vue de la réalisation de ses volontés, précisément par d'autres que par ceux qui y auraient été appelés par la voix du sang et la loi naturelle, que cette impulsion, dis-je, a été donnée par le droit canonique et par l'Eglise, dans un double but : but chari-

(1) Voir à ce sujet M. Heusler, *Institutionen, Erbverträgen des deutschen Privatrechts*, t. II, p. 652, Leipzig, 1885-1886 ; Beseler, *Die Lehre von den Erbverträgen*, t. I, p. 284 ; Pollock et Maitland, *The history of english Law before the time of Edward I^{er}*, t. II, p. 334, note 1, Cambridge, 1895.

table, c'est-à-dire secours aux pauvres, aux malades, etc., ou encore messes pour le repos de l'âme, construction de monuments pieux, etc. ; but intéressé, c'est-à-dire obtention de libéralités à l'église du village, aux congrégations voisines, à l'évêque, etc.

Ceci exposé, voyons maintenant rapidement le développement de ces origines jusqu'au dixième siècle de notre ère.

Et d'abord, pour reprendre la thèse de M. Esmein, nous n'avons qu'à nous reporter à ce que dit l'un de nos vieux auteurs, de Laurière (1) : « quoique, dans l'ancien « droit romain, dit-il, il n'y ait point de nom pour dési-
« gner les exécuteurs testamentaires, leurs fonctions n'y
« étaient pas néanmoins tout à fait inconnues ; car on voit
« dans la loi 107 au Digeste, de *Legatis* 1^o, qu'un testa-
« teur qui faisait plusieurs legs ordonnait quelquefois
« que le paiement en serait fait par un seul de ses héri-
« tiers ; auquel cas il était au choix des légataires, ou de
« poursuivre seulement cet héritier pour le tout, ou de
« poursuivre tous les cohéritiers pour leur part et
« portion ; et, dans la suite, on nomma ceux qui étaient
« ainsi chargés d'accomplir les dernières volontés du
« défunt *dispensatores legatorum* ». Faut-il voir là des
précurseurs de nos exécuteurs testamentaires tels que les
admet notre Code ? Peut-être ; en tous cas on peut les
rapprocher des membres de la famille germanique char-

(1) Glossaire de de Laurière, V^o *Exécuteur testamentaire*, p. 217.

gés primitivement de distribuer, non les legs puisque pas de testament, mais les libéralités faites par des donations anticipées remplaçant l'acte à cause de mort.

D'ailleurs « sous les Empereurs païens, ajoute de Lau-
« rière (ce qui confirme ce que nous disions plus haut),
« les exécutions testamentaires furent rares, parce qu'il
« n'était pas permis de léguer aux églises. Mais, quand
« Constantin eut permis de tester en leur faveur, comme
« aucun fidèle ne décéda dans la suite sans laisser une
« *partie de ses biens aux églises*, parce que les biens des
« églises étaient *en ce temps le patrimoine des pauvres*,
« le ministère des exécuteurs testamentaires devint très
« fréquent ».

D'abord il n'y eut donc que ceux choisis par les testateurs, et à leur défaut les héritiers ; puis, en cas d'infidélité des héritiers, les empereurs Léon et Anthémios (1) permirent aux évêques d'exiger les legs faits en faveur des captifs, et Justinien en 530 (2) fixa un temps aux héritiers pour accomplir les volontés des défunts, à l'expiration duquel il les déclara privés du profit des successions et remit le tout au pouvoir des évêques. Il est bien certain que cet appui, donné à l'Eglise par le pouvoir suprême, aida beaucoup à répandre l'influence canonique dont nous parlions ci-dessus ; mais il ne faut pas oublier que ce ne fut que la consécration des efforts de l'Eglise et de ses ministres qui, en répandant la doctrine chrétienne, in-

(1) Constitution 28, § 1, C. I, 3, *De Episcopis*.

(2) Loi 52, Code, *De Episcopis*, Nouvelle 23, ch. V.

culquèrent aux masses de fidèles l'idée que la mort ne serait sanctifiée que par l'abandon aux pauvres, par l'intermédiaire de leur représentant, l'Église, d'une partie de leurs biens. L'Église joua à cette époque de civilisation efféminée d'une part, de barbarie grossière de l'autre, le rôle d'une assistance publique à la fois physique, morale et religieuse (1).

Mais, après ces constitutions des empereurs, deux sortes d'exécuteurs apparurent : ceux choisis par les testateurs eux-mêmes, généralement pour des fonctions secondaires dont nous parle le Digeste (voir plus loin) ; et d'autre part les évêques ou même les clercs commis par eux ; à la vérité, Justinien enleva à ces derniers le droit d'être exécuteurs testamentaires, comme toute tutelle, réservés aux seuls évêques, et cet état de chose dura jusqu'au règne de Léon VI le philosophe qui, en les exemptant toujours des tutelles des pupilles qui était une charge onéreuse, comme de nos jours, leur permit d'accepter les « tutelles ou exécutions testamentaires » dont eux, leurs évêques ou les pauvres, retiraient tout bénéfice (2). En Orient, les évêques usèrent beaucoup de ce droit qui n'avait été accordé qu'aux clercs et aux moines à l'origine.

En Occident, sous nos premiers rois, on eut fort peu recours aux exécuteurs testamentaires, pour deux rai-

(1) Voir Grégoire de Tours : de son temps, l'on charge certaines personnes de distribuer des aumônes aux pauvres, ce qui est confirmé par deux Capitulaires de Charles le Chauve, en 877.

(2) Nouvelle 131, cap. 11. Loi 28 Code, *De Episcopis*, et cler. I, 3 (rachat des captifs) précitée.

sons : d'abord, dans les testaments, à la suite du droit romain, on insérait des peines et des amendes contre les héritiers qui venaient à contester les clauses testamentaires, ensuite on craignait l'excommunication dont les Conciles des Gaules (1) avaient menacé maintes fois les rétenteurs des choses données ou léguées aux églises. D'ailleurs, dans le Nord, le testament n'était pas usité, et l'on rencontrait une tout autre forme d'exécution testamentaire, si l'on peut appeler ainsi l'institution si originale du salmann germanique.

Mais, depuis le VIII^e siècle, les peines testamentaires disparurent, on méprisa les excommunications de ces Conciles mal vus à la Cour de Rome dont ils amoindrisaient l'autorité, et l'on recourut beaucoup aux exécutions testamentaires. De là date le véritable établissement de cette institution en France : parfois encore on confiait l'exécution aux héritiers ; mais les rois eurent recours à ces lois de Justinien visées plus haut (2), pour donner pouvoir aux évêques de prendre possession des biens des défunts, dont les héritiers persistaient à ne pas accomplir les dernières volontés. On voit donc toujours apparaître l'influence de l'Église sanctionnée par le pouvoir temporel, quel qu'il soit, jusqu'au jour où ce pouvoir secouera à son tour le joug canonique pour exercer les mêmes prérogatives au nom du pouvoir féodal, puis royal. Mais, à cette époque reculée, ce pouvoir ap-

(1) Novelle 68, Code précité, Balzamonem ad eam 3 Concil. Calchedon.

(2) Novelle 131, cap. 11.

paraît aussi dans les décrets des papes et dans le concile de Trente (1), qui déclare tous les évêques exécuteurs testamentaires, comme délégués du Saint-Siège, quand du moins il n'y a pas d'exécuteurs déjà nommés dans les testaments.

Aux XI^e, XII^e, XIII^e et XIV^e siècles, les legs pieux furent d'une si grande obligation qu'on refusa l'absolution, le viatique et même la sépulture à ceux qui, en mourant, n'avaient pas voulu laisser une partie de leurs biens à l'Eglise; on facilita cet abandon, par la validité admise des legs verbaux d'une part, de l'autre par la confiscation permise aux seigneurs des biens de ces maudits. Pour les décédés subitement, on alla plus loin : on présuma qu'ils avaient remis leurs dernières volontés à la disposition de leurs proches parents ou plus souvent de l'évêque qui commettait des ecclésiastiques pour fabriquer des testaments à ces décédés, de concert avec les amis et parents du défunt. Un arrêt de 1409 déclara ces procédés abusifs, et les juges royaux, dans leur lutte ardente pour conquérir au pouvoir royal les diverses questions dont les juridictions ecclésiastiques toutes puissantes s'étaient réservées jusqu'à cette époque la compétence exclusive, combattirent ces abus avec ces prétentions; et les testateurs, à partir du XIII^e siècle déjà, remirent à leur choix leurs dernières volontés à l'une ou l'autre de ces juridictions, mais de préférence à la juridiction séculière (2).

(1) Canon 8, sess. 22.

(2) Voir Jean Galli, quest. 9355, testaments de Guillaume et de Pierre de Courtenay.

Contre leurs héritiers, les testateurs eurent recours à la saisine, et insérèrent dans leurs testaments qu'ils ne possédaient plus leurs propres biens qu'à titre précaire et au nom de leurs exécuteurs (1), à qui ils firent en outre la tradition solennelle desdits testaments. Et, si nous anticipons un peu sur les siècles et rappelons ici des coutumes des XIII^e et XIV^e siècles, c'est que ces coutumes, notamment la dernière, avaient une origine très ancienne et qui nous reportera aux textes du droit romain lui-même.

Nous voyons bien pour la première fois, dans un papyrus de Ravenne de la fin du V^e siècle, le testateur remettre les cinq testaments, dont il est fait mention, à une personne de confiance ou gardien des tablettes qui les remettra après le décès aux magistrats municipaux en vue de l'enregistrement.

Mais en droit le rôle de ce personnage se borne à la conservation matérielle de l'écrit ; le service que l'on attend aujourd'hui de l'officier ministériel (notaire) à qui l'on confie le testament olographe ou mystique, on le demandait jadis à un parent ou à un ami. Les actes de Ravenne ne font aucune allusion à des exécuteurs testamentaires chargés de prendre une part active à la répartition de la fortune du défunt ; à cette époque en effet, l'héritier est encore le « dispensator ». Et, si M. Esmein, à la suite de nos vieux érudits et de de Laurière leur

(1) Testament de Jeanne de Chastillon comtesse de Blois de l'an 1291, p. 80 de l'histoire de cette maison.

commentateur, voit dans certaines pratiques romaines la première origine de notre institution, ces pratiques sont relatives non encore à la conservation matérielle, mais au respect dû par les héritiers au testament ; toutes autres sont très spécialisées.

Ce que l'on peut affirmer, c'est qu'il ne s'agit pas d'une véritable évolution depuis le bréviaire d'Alaric jusqu'à Beaumanoir, d'une suite ininterrompue de progrès coordonnés et issus des quelques rares textes romains que l'on peut invoquer. Nous dirons même que les influences germaniques, au temps des Carolingiens, entravèrent le développement de ces germes romains imperceptibles de l'exécution testamentaire, et qui ne devaient sortir de l'ombre qu'avec l'influence vigoureuse du droit canonique. Et l'Eglise, pour les raisons que nous avons exposées plus haut, viendra fondre ces éléments avec ceux si disparates qu'elle tirera du droit germain en lui enlevant certains caractères particuliers.

Et, pour connaître ce que l'Eglise put invoquer pour faire admettre la légitimité de son intervention et par conséquent de l'exécution testamentaire, voyons ce que nous trouverons à Rome, puis succinctement en Germanie. Nous avons dit que les papyrus de Ravenne nous ont montré établi l'usage de l'enregistrement du testament confié à une *personne sûre* ; nous avons ajouté que c'est le premier vestige d'un mandataire, autre que l'héritier, chargé, non encore de l'exécution du testament, mais de sa conservation matérielle. A quelle époque

remonte cette habitude ? Nous l'ignorons ; cependant les formules (1) et les actes (2) nous montrent qu'elle a duré aussi longtemps que fut usité l'enregistrement du testament, c'est-à-dire jusqu'au VIII^e siècle. Mais, à côté de cette fonction principale plus récente de l'insertion posthume du testament aux registres de la curie, les textes du Digeste nous montraient déjà certaines volontés du défunt dont l'exécution était confiée à quelques amis.

Toutefois, pour l'exécution du testament en général et pour faire respecter les derniers vœux d'un mourant, le droit romain employa des moyens absolument étrangers à notre matière : n'admettant que l'héritier testamentaire quand le testament existait, il écartait les héritiers négligents ou ingrats qui se refusaient à l'exécution des clauses du testament pour leur préférer de plus éloignés désignés en second ordre, ou des légataires ou de simples fidéicommissaires particuliers, si ceux-ci fournissaient des sûretés suffisantes pour garantir l'entier accomplissement de ces dispositions (3) ; d'autre part le droit de Justinien autorisait les héritiers zélés et fidèles à prendre possession de l'hérédité, donnait aux légataires les actions personnelles, réelles et hypothécaires, il confiait même aux juges le pouvoir de contraindre les débiteurs des legs à leur paiement. En un mot, les législateurs romains ne crurent pas qu'il fût néces-

(1) Form. Wis, n° 21 n° 25, Zeumer, p. 585 et 587, etc.

(2) Testaments de Bertran, 615, Hadoin, 642, Widerad, 721 et formu sur ce dernier acte, Flav. 8, Zeumer, p. 476.

(3) Furgole, *Traité des testaments*, chap. X, sect. IV, 1^o.

saire de rien ajouter à ces moyens indirects et tirés du fonds même du droit classique sur l'effet absolu de l'institution d'héritier ; aucun rapprochement n'est possible entre ces héritiers ou légataires institués et nos exécuteurs testamentaires qui ne reçoivent de legs particuliers qu'accessoirement et dont le mandat gratuit est avant tout un service d'ami.

De ce mandat se rapprocheraient plutôt les quelques pratiques que l'on trouve dans quelques textes du Digeste (1) et dont nous parlions ci-dessus ainsi que dans quelques fragments de Gaius et de Marcellus : dans ces textes, nous apparaissent des amis ou *ministri* chargés par le testateur de veiller le plus souvent à l'accomplissement des funérailles ou à l'achèvement du tombeau ou monument funéraire (2), mais de faire aussi *exécuter tel désir particulier* du défunt, par exemple d'affranchir un esclave (3), ou encore d'acheter tel fonds pour les héritiers (4), ou même enfin de remettre une somme d'argent à un tiers, sauf retour aux héritiers en cas de décès du bénéficiaire (5). Telles sont les seules origines obscures de l'exécution testamentaire en droit romain. Mais dès la conversion au christianisme d'une grande partie de l'Empire, la situation change.

(1) XV, 7, fr. 12, § 4 et fr. 14 ; XVII, 1, fr. 12, § 17 (Ulpian) ; XXXI, fr. 88, § 1 (Scevola).

2) Voir aussi pour la distribution d'argent, loi 96, D. *de legatis*, 1^o, XXX, et pour les funérailles, loi 12, D. IV, *de religiosis*.

(3) Gaius, XVII, 1, fr. 27, § 1 ; Palingenesia, col. 214, notes 3 et 4, restitution de Loencl.

(4) Gaius, XVII, 1, frag. 13, *op. cit.*

(5) Marcellus, XXXI, frag. 17.

Le représentant spécial est chargé, non plus seulement de la distribution des aumônes ou des legs très spéciaux de Rome, mais de l'*exécution d'une grande partie des legs mobiliers* : dans le testament de Bertran, l'archidiacre en fonctions lors du décès, n'est plus chargé seulement de l'insinuation de son testament, mais, après le prélèvement des legs particuliers, *de diviser tous les moubles* qui resteront disponibles en trois parts, l'une pour le successeur de Bertran sur le siège épiscopal du Mans, l'autre pour la basilique de Saint-Pierre et Saint-Paul, la troisième enfin pour les pauvres auxquels elle sera distribuée en la présence de l'archidiacre. C'est donc au sein de l'Eglise et par le testament d'un de ses ministres que se fait jour la première manifestation historique de l'existence d'un véritable exécuteur testamentaire. Le testament de Hadoïn, moins explicite, a le même sens.

Que l'Eglise ait généralisé les pratiques du droit romain et surtout les coutumes locales qui se firent jour aux temps troublés du moyen âge et de l'époque barbare antérieure, cela n'est pas douteux pour nous. Elle a fait faire à notre institution un tel pas qu'on pourrait bien la considérer comme sa véritable créatrice. Cependant les influences germaniques intervinrent aussi, reprises et coordonnées par elle, et par elle aussi assez profondément modifiées.

Car, dans le nord des Gaules et de la France mérovingienne et carolingienne où le droit germanique naissant

et importé à l'état de coutumes par les invasions barbares avait pris une influence prépondérante, l'Église viendra, par la conversion de Clovis et le sacre de Charlemagne, qui seront des actes d'une politique habile en même temps que des actes de foi religieuse, imposer ses idées morales et juridiques à tous ces peuples jeunes où elle trouvera d'originales institutions modifiées par elle à son gré. C'est ainsi qu'en notre matière elle a rencontré ces *salmanns* germaniques ou hommes de confiance qui recevaient solennellement la chose des mains de son propriétaire devant le tribunal ou devant témoins et s'engageaient à la transmettre à la personne désignée, non au testament, mais à l'acte entre vifs qui seul existe.

Ce ne sont plus de simples mandataires, avec pouvoirs plus ou moins étendus, auxquels nous nous heurtons ici ; l'acte qui intervient n'est pas une disposition dont l'efficacité ne se fera sentir qu'au décès, car l'acte à cause de mort est tombé en désuétude vers le IX^e siècle en France, et n'a pas été connu des peuplades germaniques. Il s'agit ici d'une véritable donation de la propriété, d'une cession de la chose avec charge de la remettre lors du décès à telle personne déterminée ; déjà du vivant du disposant, la propriété se trouve transmise à cet homme de confiance que l'on peut comparer à ces intendants de la Révolution qui rachetèrent à leurs maîtres et châteaux et surtout terres et les rendirent aux enfants ou héritiers de ces grandes familles à leur retour en France, à la fin de la tourmente révolutionnaire. Et encore il y a

cette différence que la propriété, dans ce dernier cas, et par une entente amiable, était censée n'avoir pas quitté la famille, tandis que chez les peuples germanains l'homme de confiance était bien propriétaire incommutable du vivant de son tradant et transmettait à son tour la propriété par lui acquise à une personne désignée d'avance, ce n'était même pas un fidéicommiss qui n'a d'effet qu'après la mort, c'était quelque chose de plus fort, une donation à cause de mort, si l'on veut, qui venait ainsi remplacer l'acte à cause de mort complètement étranger à ces peuples.

Qu'y a-t-il d'étonnant à ce que l'Eglise après avoir conquis la puissance morale et le pouvoir temporel par son influence sur les rois et les chefs, ait utilisé ces coutumes germaniques au profit des pauvres et au sien propre ? Le fiduciaire, si l'on peut appeler ainsi le *salmann* germanique, reçoit *par le gage ou wadium tradition de la fortune qu'il doit distribuer*, il a non seulement une saisine immédiate, comme nos exécuteurs, mais de plus il a été rendu vraiment propriétaire, c'est l'illusion du véritable testament alors disparu ailleurs et non existant au nord de la Gaule (1) ; or, si le disposant se livre à la loyauté de ses pseudo-exécuteurs pour empêcher les dilapidations et les fraudes, l'église ou ses représentants étaient tout indiqués pour jouer ce rôle, ce dont elle usa largement.

Elle eut d'ailleurs à lutter contre ces coutumes mêmes,

(1) Testament du comte Eccard vers 850 ; Thévenin, textes, n. 76, p. 100.

établies comme remplaçant le plus généralement l'institution d'héritier romaine. En effet, dans la famille germanique, ces institutions de salmanns étaient en général des fonctions confiées à une personne de la famille, le plus souvent à l'un des héritiers auquel le disposant se confiait. C'était le contraire de ce que nous appelons exécuteur testamentaire : l'exécuteur est presque toujours une personne étrangère à la succession, qui remplit un office d'ami sans en attendre autre chose qu'un cadeau insignifiant et ne le rémunérant pas même de ses peines et de ses démarches. Là au contraire, c'était celui même qui devait bénéficier de la succession, qui devait transmettre une partie de cette fortune, dont il avait eu la jouissance et même la propriété un certain temps, à telle ou telle personne au jour du décès de son auteur ; ce n'est plus un mandataire, c'est un propriétaire sous une condition résolutoire qui est le décès du disposant et la survivance de ceux à qui la partie de la fortune, qui ne reste pas au fiduciaire, doit être distribuée ; en cas de prédécès de ceux-ci, le fiduciaire reste propriétaire de la fortune à lui confiée. Il y a loin de ces notions à celles de nos exécuteurs testamentaires saisis pour l'an et jour du seul mobilier, sans même avoir droit d'en disposer à leur gré, et ne pouvant participer aucunement au partage de la fortune. Là est la faute de nos législateurs qui, dans le Code, et à la suite de la jurisprudence ancienne et de la coutume écrite, ont réduit le rôle de l'exécuteur testamentaire à une insignifiante intervention.

C'est l'Église qui est venue, pour faire échec à la force de la famille germanique, restreindre les effets des institutions des salmanns germaniques et en faire, non plus des propriétaires intermédiaires, mais des mandataires avec pouvoirs plus ou moins étendus. Elle arriva ainsi à fondre deux origines presque contraires en un même tout, savoir les pratiques romaines et les coutumes germaniques. Cependant aux X^e et XI^e siècles, nous allons voir les deux types coexistants. En effet, dans le Midi, l'on persévéra dans la pratique des vrais testaments, l'institution continua à se développer malgré la disparition de l'enregistrement, et surtout à raison des générosités pieuses *pro remedio animae*, dont on confiait le soin à un ami (1), don d'une terre à un couvent désigné (2).

Et souvent un acte spécial est consacré à ce que l'on appelait alors *elemosyna*, que le testament rappelle seulement pour mémoire en s'y référant. Là encore, l'influence du droit canonique est toute puissante : et dans toutes ces hypothèses, l'exécuteur n'est pas autre chose qu'un mandataire ; la propriété reste provisoirement incertaine et la détermination du bénéficiaire agit rétroactivement ; pas de rupture du contrat par la mort du mandant, pas de changement de titulaire, et de plus la gratuité n'est pas exigée.

Telles sont les origines premières telles que nous

(1) Vente de meubles au profit des pauvres, testament de Dahila en 813, histoire du Languedoc, éd. Dulaurier, t. II, *Preuves*, n° 24, col. 82.

(2) V. *Preuves*, n° 57, col. 135.

pouvons les supposer, grâce aux quelques textes du droit romain, aux formules et aux actes des périodes barbare, mérovingienne et carolingienne, enfin des décisions et interventions de l'Église et du droit canon. Voyons maintenant le développement de notre institution jusqu'à l'époque de Beaumanoir ; nous la verrons alors à peu près telle qu'elle est passée dans nos coutumes écrites, et plus tard dans notre Code civil.

§ 2. — Développement progressif de notre institution du X^e au XIII^e siècle ; complète formation chez Beaumanoir.

A. — Du X^e au XIII^e siècle.

Très nombreux au X^e siècle, les exécuteurs procèdent à la transmission de la propriété sur l'invitation, la prière ou l'ordre d'un défunt. Quant aux types juridiques qui en ressortent, ils peuvent, nous l'avons dit, se ramener à deux, qui se multiplient d'ailleurs en les espèces les plus variées.

1^{er} TYPE. — Là nous trouvons les exécuteurs testamentaires véritables, ou du moins leurs précurseurs, qui se comportent purement et simplement comme des mandataires ; ils représentent le défunt qui, seul, effectue le transfert de propriété par une survivance de lui-même en la personne de ses mandataires ; ils n'agissent que par l'ordre et pour le compte du mort. Nous en trouvons des exemples dans le cartulaire de Cluny où apparaissent

ces expressions : *Per jussionem ejusdem* (1), et même antérieurement (2) *Has igitur res denominatas.... per manus nostras tradit Ingerberga Domino Deo, et sanctis apostolis ejus*. Cette charte de Cluny de 917 (n° 205) est toute romaine d'expressions, on y parle de fidéicommis, de jussion, de *legatarii*. Mais il n'en faut pas conclure à un enchaînement régulier entre ces personnages et les *prosecutores* de l'évêque Bertran ; car pendant un siècle et demi, et surtout au IX^e siècle, le flot des institutions germaniques renverse les derniers débris des institutions testamentaires romaines ; il faut plutôt voir ici le réveil chez les praticiens seuls, et surtout dans les abbayes, d'idées non entièrement éteintes, par suite de l'étude des principes antiques abolis.

2^e TYPE. — L'autre forme nous apparaît très nette dans le cartulaire de Beaulieu (3), en 932 ; venue des précédents germaniques dont nous avons donné un aperçu plus haut, elle s'est fondue peu à peu avec la première sous l'influence de l'Église. Et cependant, on parle, dans ce cartulaire, des contestations ultérieures possibles de la part, non seulement des *elemosynarii* eux-mêmes (mot emprunté aux coutumes latines), mais de leurs propres héritiers, ce qui implique que le *bien est passé par leur patrimoine* ; ce sont encore des *salmanns*, malgré l'expression employée d'*elemosyna*. Mais ils sont de plus en

(1) Cluny, n° 472, t. I, p. 458, année 937.

(2) Cluny, n° 205, t. I, p. 193, année 917.

(3) N° 108, p. 161.

plus rares, et presque toujours les exécuteurs sont institués par *la remise du gage* ; ce sont les *guadiatores*, qui, dès 931 (1), ne sont plus que des mandataires agissant au nom du défunt ; *per manus guadiatorii mei*, dit le cartulaire, et la notion de l'antique droit réel germanique s'est effritée, jusqu'à permettre la confusion des exécuteurs, avec ou sans l'ancien *wadium*. Donc, au XI^e siècle, le salmann germanique a disparu, et, ce qui a soutenu l'exécution testamentaire pendant trois siècles et jusqu'à sa formation définitive, c'est la *notion d'un rapport personnel entre le défunt et ses hommes de confiance*.

Ainsi, vers 1150 (2), ce n'est plus l'acte de l'exécuteur qui opérera le transfert de droit réel, c'est la volonté du testateur par un acte ou donation à cause de mort proprement dit ; et le rôle de notre exécuteur sera de pur fait, il facilitera au gratifié l'usage de la propriété déjà fixée sur sa tête du vivant du disposant. On eut plus de peine à admettre que les exécuteurs ne soient créés que par un acte de dernière volonté, révocable jusqu'à sa mort au gré du disposant, en un mot par un testament ; cette notion ne se dégage que dans les dernières années du XIII^e siècle (testament de Philippe-Auguste en 1190) (3). L'exécuteur devient un mandataire posthume à tous les points de vue : le mandat ne se forme que par la mort du mandant, sans transmission de la propriété

(1) Cluny, n° 1167, t. II, p. 254.

(2) Cluny, n° 4149, t. V, p. 510.

(3) Testament de Philippe-Auguste, § 19, *Ordonnances*, t. I, p. 21.

analogue au salmann, et ne lui survit plus seulement ; le droit canonique, que nous voyons intervenir à toutes les phases du développement de notre institution, vient consacrer officiellement cette pratique (1), et Grégoire IX déclarait obligé l'exécuteur qui avait accepté le mandat (2). Aucun droit réel n'était plus attribué, avons-nous dit, à l'exécuteur testamentaire ; s'il prenait contact avec les biens à rendre au gratifié, s'il maniait les deniers, c'était en qualité de mandataire non plus de propriétaire à charge de restitution comme en Germanie.

Toutefois la théorie de la saisine des exécuteurs, qui existait bien en fait, n'était pas encore élaborée. Ajoutons que les obligations des fiduciaires (si l'on peut s'exprimer ainsi) des morts étaient plus énergiquement sanctionnées que de nos jours : à l'obligation de rendre compte de leurs actes au bénéficiaire, venaient s'ajouter les exhortations et même la contrainte morale de l'autorité ecclésiastique envers les héritiers chargés des legs comme envers les exécuteurs chargés de veiller à leur répartition. Ainsi, dans une décrétale de Grégoire IX (3), nous voyons une mise en demeure adressée à une héritière de se mettre en règle dans le délai d'un an pour la fondation d'un monastère, à peine d'intervention possible de l'évêque.

Pendant la même période, dans le Midi, le champ d'ac-

(1) Décrétales d'Innocent III ; X, l. III, t. 26, c. 13, an. 1202. Grégoire IX, X, l. III, t. 26, c. 17 et 19.

(2) Décrétales de Grégoire IX ; X, l. III, t. 26, c. 19.

(3) Même op. X, l. III, t. 26, c. 3.

tion des fiduciaires fut peu à peu restreint à la répartition des legs mobiliers et au paiement des dettes (1), ainsi que nous le voyons vers 1121 : ce sont des mandataires, parfois rémunérés de leur activité. Et, si nous trouvons au X^e siècle, ces expressions venues de l'influence du Nord et des invasions sur certaines régions du Midi de la France « *commendavit nobis per suum gadium* — le mourant nous a recommandé par le gage son aumône », ce qui implique un droit réel, au moins atténué ; dès le XI^e siècle, le développement ou plutôt la renaissance du testament dans le Midi fit instituer des exécuteurs véritables, en tant que mandataires ou administrateurs dont les fonctions, de durée fixe ou non, cessent toujours avec l'accomplissement de la mission ; c'est bien le prélude de la saisine, d'an et jour, ou plus longue, suivant les cas.

B. — *L'exécution testamentaire chez Beaumanoir.*

Pour terminer l'esquisse des origines de notre institution, voyons ce qu'elle était devenue à la fin du XIII^e siècle, où elle est parvenue à un tel développement qu'à défaut de l'institution d'héritier prohibée elle garantit l'efficacité même du testament en fournissant le moyen de réaliser la série des opérations que celui-ci indique. En Angleterre, on frappa même l'acte testamentaire de nullité si, portant sur des biens personnels, il ne contenait pas une exécution testamentaire quelconque (2). Et

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 474, col. 893.

(2) Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Angleterre*, t. VII, p. 266, Paris, 1882-83.

Beaumanoir lui-même, qui déclare le testament valable si la nomination d'exécuteurs ne produit pas son effet, ne prévoit nullement dans le texte qu'on puisse songer à s'en passer ; dans la France du Nord, au temps de Saint-Louis, les testaments sans nomination d'exécuteurs sont l'exception, comme par exemple le testament de Dame Mabilie de Bessi en 1260 (1).

C'est dans Du Cange que, dans la citation des principaux passages d'une donation *mortis causâ* faite par un père à son fils en l'année 1281, nous voyons pour la première fois, non plus un ami chargé de la sépulture comme à Rome, ni même un mandataire chargé de la distribution d'aumônes ou d'exécution de legs pieux, mais une personne nommée par le testateur en vue d'assurer la complète exécution de ses dernières volontés et de contrôler tous les actes de ses héritiers qui auraient rapport à cette exécution, notamment pendant toute la durée prévue pour cette intervention, le testateur permet à cette personne de prendre et posséder, sans l'intervention du juge, trois de ses châteaux et d'en percevoir directement les revenus.

Mais Philippe de *Beaumanoir* (2), qui est, dans ses *Coutumes de Beauvoisis*, le meilleur guide pour qui veut connaître la formation des coutumes et leur état de son temps, fait le premier apparaître bien clairement à nos yeux les principaux traits de l'exécution testamentaire

(1) *Bulletin*, 1884, p. 246.

(2) Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, chap. XII.

telle qu'elle existait déjà lorsqu'il rédigea son traité : les exécuteurs ont, dès cette époque, la saisine des meubles, afin que les « hoirs » de ceux qui font les testaments n'en puissent empêcher l'exécution ; ils sont les représentants du défunt sur terre et, s'ils meurent avant la fin de l'exécution, le seigneur ou l'évêque, qui sont leurs seuls juges en cette matière, peuvent les remplacer soit eux-mêmes soit par quelqu'un de leur choix.

Cependant, tandis que l'héritier, institué à perpétuité, reçoit sur les biens du défunt le droit le plus absolu, la propriété, non pas seulement pour un temps antérieur au décès comme le salmann germanique et forcément limité, mais pour toujours, l'exécuteur n'est appelé qu'à une mission temporaire et ne se trouve lié au patrimoine successoral que par un lien sans consistance durable ; ce lien, c'est la saisine pendant le court délai de l'an et jour du décès qui existait déjà. A l'inverse, et s'ils peuvent intervenir en justice pour défendre et le testament attaqué et les intérêts de la succession ou des légataires, ils ont aussi la lourde obligation de rendre compte de leur gestion aux héritiers qui seuls ont droit aux biens dont ils sont déjà propriétaires, une fois les volontés du défunt entièrement accomplies. Nous ajouterons que cette saisine, dévolue de plein droit aux exécuteurs testamentaires, dès qu'ils avaient pris connaissance du testament, et qu'ils avaient accepté leur mission, ne produisait son effet qu'une fois que les formalités premières avaient été remplies ; or l'inventaire, déjà usuel à cette époque,

n'était pas exigé des exécuteurs. D'ailleurs les frais faits en vue de l'exécution étaient à la charge de la succession.

La conception primitive, peu à peu formée dans la pratique sous l'influence dominante de l'Eglise s'inspirant des quelques exemples romains, persiste bien à cette époque ; nous ajouterons toutefois qu'un élément réel, venu de l'influence germanique, s'est uni, bien atténué par le droit canonique, à l'élément personnel essentiel ; soit par imitation d'usages voisins venus par exemple des nations latines (dans le Midi, on rattachait ce lien réel à l'effet du testament même), soit par développement successif des mêmes idées, les praticiens du Nord, à la fin du XIII^e siècle, en vinrent à rédiger des clauses de même style, d'où le droit réel ne se dégage pas toujours bien clairement (1) ; il apparaît bien net en 1244 dans le testament de Jeanne comtesse de Flandre (2) (n^o 3215 des Layettes) : « Tous les meubles qui lui appartiendront à sa mort passeront dans la main et à la disposition de ses exécuteurs », dit le texte, pour être distribués conformément à ses indications ; « ils prendront les biens en question jusqu'à complet acquittement des dettes, restitutions et legs ». Enfin, en 1282, Thiébaud, comte de Bar (3), « met en la main » de ses fiduciaires, non seulement l'universalité de ses meubles

(1) Testament de Marie, comtesse de Blois, 1241, *Layettes*, t. II, n^o 2902, p. 442.

(2) *Id.*, t. II, p. 545.

(3) *Histoire de la Lorraine*, Preuves, t. II, col. 518.

et les revenus de ses immeubles, mais même *quelques-uns de ces immeubles* eux-mêmes ; cependant cette possession juridique, qui n'est plus la propriété et n'entre en jeu qu'au décès du disposant, est spécifiée et limitée dans sa consistance comme dans sa durée par les circonstances qui en motivent et la création et l'extinction.

A la fin du XIII^e siècle, il y eut une tendance à romancer ces conceptions d'origine barbare déjà entièrement atténuées, si on les compare au salmann germanique devenu propriétaire du vivant et jusqu'à la mort du disposant. Nous en avons un exemple frappant dans le testament de Jeanne de Chastillon comtesse de Blois de 1291 (1), où le juriste qui la conseillait introduisit un *constitut possessorie* en vertu duquel la testatrice, immédiatement dépouillée de la propriété de ses biens, serait réduite à en exercer la possession *alieno nomine* ; c'était un retour à la conception germanique, mais c'était aussi fausser le sens de l'exécution testamentaire et cette tentative échoua. D'un autre côté, la saisine était largement admise : si le testateur ne s'était pas prononcé sur la question de saisine on jugea (c'était du temps de Beaumanoir un problème nouveau) *que la saisine existait de plein droit* comme attribut naturel de tout exécuteur (2) : ainsi le parlement accorde *moyennant caution* la saisine aux exécuteurs testamentaires d'une femme mariée, malgré l'opposition et du mari et de l'héritier. Nous voyons

(1) *Histoire de la maison de Chastillon*, preuves, p. 80.

(2) *Olim*, Arrêts de la Toussaint 1286, n^o 9 (édition Beugnot).

par cet arrêt que, non seulement on bornait à un an la durée de cette mainmise, mais qu'avant l'an et jour les héritiers en défiance de qui cette institution était créée, furent autorisés à exiger des cautions ou sûretés des exécuteurs. Ils eurent même le droit, avant l'expiration de l'an et jour, d'entrer en jouissance du patrimoine de la succession malgré les exécuteurs, s'ils fournissaient des sûretés suffisantes pour garantir l'accomplissement exact des volontés du mort ; on le voit dans le testament de Thibaud comte de Champagne (1) en 257 et aussi dans Beaumanoir (2).

Connaissant maintenant l'état exact de la question au temps de la rédaction des Coutumes de Beauvoisis, voyons comment Philippe de Beaumanoir fait dérouler sous nos yeux la série des opérations ordinaires de l'exécution testamentaire à son époque. Il en traite dans son chapitre XII sous les paragraphes 31 et 58 (3) ; voici en quelques lignes ce qui se passait alors : le disposant chargeait les exécuteurs principalement de procéder au *paiement de ses dettes* ; à cet effet ils le font proclamer dans les églises et les localités où habitent les gens intéressés au règlement, les exécuteurs sont juges des réclamations, le plus souvent les testateurs spécifient les noms des créanciers et les sommes dues ; une fois le total du passif établi, on le compare à l'actif ; en cas d'in-

(1) Layettes, t. III, n° 4387, p. 392.

(2) Beaumanoir, *op. cit.*, XII, 33, *in fine* et 56.

(3) *Coutumes de Beauvoisis*, chap. XII, 31 et 58

suffisance, réduction proportionnelle des créances. Si au contraire les créanciers sont désintéressés et les réserves des héritiers sauvegardées, les légataires particuliers reçoivent ce qui leur revient des mains mêmes des exécuteurs. De même, au cours de ces liquidations amiables auprès desquelles l'état de choses actuel est un pas sérieux en arrière, les exécuteurs testamentaires peuvent transiger, faire un échange urgent, même dans certains cas constituer une charge foncière ou vendre des biens pour en reverser aussitôt le prix.

S'ils sont plusieurs, la volonté du testateur est la règle suprême, quant à leurs attributions et quant à la prépondérance possible de l'un ou des uns sur l'autre ou les autres ; s'il en décède un, le choix revient aux survivants s'ils jugent un remplaçant nécessaire. Enfin le *de cuius* place quelquefois un ou des surveillants pour les conseiller ; à son défaut c'est l'Église.

Car l'Église, comme nous l'avons vu aux origines de notre institution, intervint sous deux formes en cette matière : d'abord elle demanda et obtint le *droit de juridiction exclusive* pour tous les testaments qui contenaient des legs pieux, et à cette époque aucun ne voulait ni n'osait mourir sans avoir assuré par ces legs le repos de son âme ; — puis elle ordonna même aux évêques d'intervenir pour obliger les exécuteurs à la prompte délivrance de ces legs, et même pour les forcer à remplir jusqu'au bout leurs fonctions une fois acceptées, par suite du respect dû aux volontés dernières d'un chrétien.

Et Boniface VIII et Clément V allèrent jusqu'à conférer aux Évêques le droit d'autoriser les religieux à remplir, à défaut d'autres élus par le testateur, les fonctions d'exécuteurs testamentaires, et d'exiger de ces mandataires, improvisés au mort, des comptes à peine de punition pour fautes commises dans l'exercice de ces délicates fonctions.

La coutume des exécutions testamentaires pénétra si bien dans les mœurs de l'époque que plusieurs exécuteurs étaient presque toujours désignés par le testateur dans les actes de dernière volonté. Et, *dans la Castille*, où le droit romain régnait en maître, la législation prévoyait cette institution et réglementait minutieusement les pouvoirs et les obligations des exécuteurs testamentaires : devoir d'exécuter ou de faire exécuter le testament dans le délai d'une année au plus ; distribution des legs dans les limites et d'après les indications du testament ; pouvoir de coercition des évêques, et même destitution par les tribunaux en cas de fautes graves ; enfin obligation, sauf pour les religieux, de fournir caution.

Cette mode ne se communiqua pas seulement au midi de la France ; elle se répandit aussi par la Normandie en Angleterre, où les exécuteurs obtiennent la tradition des meubles et au besoin interviennent dans les contestations relatives aux testaments. Mais de plus, dans ce pays de droit d'aînesse, les mandataires, membres le plus souvent de la famille, ont en garde les enfants mineurs « tenant en chevalerie » et leur part de fortune ;

déjà dans ce pays d'aristocratie, apparaît l'intervention de la famille dans l'intérêt des puînés, qui prendra une autre forme plus précise et plus de force avec le privilège de l'aîné protecteur des cadets.

Au XIV^e siècle, Boutillier, dans sa *Somme rurale*, ne fera que préciser davantage les règles exprimées dans presque toutes les coutumes sous des formes variées, et telles que nous les avait déjà fait entrevoir dans leurs notions les plus générales Philippe de Beaumanoir dans sa coutume de Beauvoisis. Voyons maintenant l'époque de la rédaction des coutumes.

§ 3. — L'exécution testamentaire du XIV^e au XVIII^e siècle.

A. — *Idées générales.*

Deux noms d'auteurs dominent cette longue période, marquée par la rédaction des coutumes au XVI^e siècle : Furgole pour la période de cette rédaction, et Pothier pour la période moins féconde des deux siècles qui précèdent la rédaction du Code, inspiré surtout de ce dernier auteur. C'est qu'au XVI^e siècle se produisit un travail analogue, bien que plus long par suite de la diversité des coutumes, à celui qui aboutit, après la tourmente révolutionnaire, à la codification générale qui nous régit encore sur de nombreux points du droit ; mais, tandis que nos législateurs de 1803 et 1804 trouvaient en face d'eux des auteurs tels que Pothier et Ricard, une jurisprudence des parlements à peu près fixée, et aussi ces coutumes de

la France rédigées et commentées dont il fallait seulement aplanir les divergences, les rédacteurs des coutumes ne purent faire qu'un travail de fixation des coutumes locales qui, la plupart, ne reposaient que sur la pratique et les témoignages de ceux qui la suivaient.

Toutefois la coutume de Paris, dans son article 95, sut résumer, comme elle le fit sur bien des parties de la législation coutumière, les notions générales qui régissaient déjà cette institution, également coutumière au premier chef, des exécuteurs testamentaires. A la suite de Dumoulin, la réforme de 1580 fixa définitivement les principes de cette matière dans son article 297, que les auteurs des deux siècles suivants ne feront que commenter.

De même que, pour les origines, le principe qui domine est le suivant : en droit romain, rien que des traces d'essais très spécialisés, parce que l'institution forcée d'un héritier, sur qui retombait tout ce qui concernait la succession, rendait absolument inutile la nomination d'une personne étrangère, rendue nécessaire par suite et du trouble des temps barbares, et de l'intervention de l'Eglise pour les legs pieux toujours en défaveur près des héritiers lésés, et de la possibilité de dispositions particulières en faveur de diverses personnes entre lesquelles il fallait les distribuer. De même, dans toutes les coutumes et dès le temps de Beaumanoir, les principes généraux sont les mêmes ; mais une grande diversité règne dans la solution des questions de détail. Voyons rapidement ces

traits généraux qui sont encore à peu près les mêmes aujourd'hui, qui inspirent les dispositions testamentaires, et qui seront développés plus loin tels que le Code les a repris.

D'abord subsiste l'idée religieuse, qui a perdu de nos jours une partie de sa force, et qui pousse le mourant à charger un ami de veiller spécialement au repos de son corps, au salut de son âme et à la conservation de sa mémoire (messes, aumônes, fondations pieuses, inhumation, monument funéraire, entretien de la tombe, etc.). Puis le caractère le plus marqué était, et est encore la *défiance vis-à-vis des héritiers naturels* du testateur qui craint leur négligence et leur mauvaise volonté. Ces deux caractères sont très bien mis en lumière au XVII^e siècle par Guy Coquille (1). Mais de tous les auteurs anciens qui ont étudié la coutume et la jurisprudence sur la matière des testaments, et spécialement sur celle de l'exécution testamentaire, celui qui a exprimé avec le plus de précision et de clarté les principales idées reprises par notre Code, est sans contredit Furgole (2).

B. — *Furgole et les coutumes.*

Prenant, comme nous, à son début le sujet qui nous occupe, Furgole nous montre d'abord les quelques applications particulières du droit de Justinien, qui furent les premières sources obscures de l'institution, puis il

(1) Guy Coquille, Nivernois, *Questions sur les coutumes*, 1665.

(2) Furgole, *Traité des testaments*, chap. X, sect. IV.

nous donne la raison qui en amena vraiment la création :
« Dans les pays coutumiers, où, dit-il, il n'y a que des
« héritiers légitimes, et où toutes les dispositions uni-
« verselles sont converties en legs sujets à délivrance, et
« qui doivent être *demandés aux héritiers ab intestat*, on
« n'a pas pu recevoir les précautions introduites par le
« droit romain. Voilà pourquoi, afin de prévenir les obs-
« tacles que les héritiers légitimes pourraient mettre,
« par leur mauvaise volonté, à l'exécution des disposi-
« tions de dernière volonté, *il a été nécessaire* d'introduire
« l'usage des exécuteurs testamentaires, dont *le droit*
« *romain n'avait donné que de simples ouvertures et des*
« *indications* ; aussi n'y a-t-il presque point de coutume
« qui ne parle des exécuteurs testamentaires, et qui n'en
« règle les fonctions et le pouvoir. » Furgole cite comme
auteurs principaux Jean Jacques à Canibus et Boëtius
Epo, qui ont fait tous deux un traité spécial sur la ma-
tière.

Après avoir défini « les exécuteurs testamentaires
[qui] sont ceux qui ont charge d'effectuer et accomplir la
volonté des défunts », il en distingue trois espèces :

1^o Les uns, appelés *exécuteurs testamentaires propre-
ment dits*, tiennent leur pouvoir du testateur ; qu'ils soient
d'ailleurs *honoraires*, c'est-à-dire chargés uniquement
de veiller à l'exécution des dernières volontés du testa-
teur ; ou qu'ils soient *onéraires*, c'est-à-dire chargés
d'exécuter eux-mêmes ces volontés ; que ce soit pour
l'exécution de certaines dispositions seulement, ou de

toutes celles renfermées dans le testament et dans les codicilles.

2° Les seconds ou *exécuteurs légitimes* sont ceux à qui la loi donne le pouvoir de veiller à l'exécution de certaines dispositions, par exemple l'évêque ou, à son défaut, le métropolitain, quant aux legs pieux faits en faveur des captifs, des pauvres (ou des églises) ; et, dans ce cas, nous nous rapprochons de l'institution romaine.

3° En dernier lieu, viennent les « *exécuteurs datifs* [qui] « sont ceux que le *juge donne lorsque le cas le requiert*. « Il n'y a qu'un seul cas, selon le droit romain, où le « juge puisse nommer une personne pour exécuter la « volonté du testateur (1), c'est-à-dire lorsque le testateur, qui a laissé des aliments à quelqu'un, a institué « plusieurs héritiers. Car, comme il serait incommode « au légataire des aliments, de les prendre séparément « de chacun des héritiers, par portions héréditaires, les « juges ont la liberté, dans ce cas, de choisir un des héritiers qu'ils chargent de fournir tous les aliments, « avec pouvoir d'exiger des autres cohéritiers des fonds « capable de produire un revenu pour fournir aux portions qui les regardent », sauf encore à cet exécuteur datif à donner aux autres des sûretés garantissant la restitution des fonds à lui confiés ; c'est du reste une simple sûreté par promesse ou obligation, non une caution. C'est encore là une réminiscence amplifiée du droit romain.

(1) Loi 3 *de alimentis vel cibariis legatis*, XXXIV, 1°, p. 8 D.

Furgole nous met ensuite sous les yeux (après l'influence romaine faible, l'influence du droit canonique) les prétentions des Evêques à intervenir dans tous les cas de legs pieux, ce qu'il repousse avec énergie, n'admettant leur intervention que s'il s'agit de la rédemption des captifs ou de la nourriture et de l'entretien des pauvres, et seulement au cas d'absence d'exécuteur testamentaire proprement dit ou de négligence de celui qui avait été nommé. Furgole nous montre enfin l'intervention puissante du pouvoir civil qui, par l'ordonnance de 1539, dans ses articles 1 à 4, « borna les juges d'église à la connaissance des matières purement spirituelles et ecclésiastiques » ; et le droit de veiller à l'exécution des legs pieux, accordé en droit romain et coutumier aux Evêques, passa dès lors aux *gens du roi* ; à Toulouse, le procureur général fait exécuter les dispositions pieuses, en faveur des pauvres, des hôpitaux et des religieux mendiants.

Après ces notions historiques, Furgole examine la nature et les propriétés de la charge qui est donnée à l'exécuteur testamentaire ; c'est, dit-il, « un vrai mandat » ; et cependant les coutumes ont apporté de profondes modifications aux règles ordinaires du mandat. C'est alors que cet auteur si intéressant nous explique l'origine des particularités de cette institution dont les auteurs et surtout la jurisprudence actuelle ont tenté d'étendre les applications malgré l'opposition du législateur. Le principe fondamental, pour Furgole, est que « l'exécuteur testa-

mentaire ne peut avoir *d'autre pouvoir que celui que le testateur ou la coutume lui donnent* ». D'abord, et en l'absence de volonté du disposant, l'on suit la coutume locale, dans son silence la coutume de Paris, et à défaut les principes généraux du droit coutumier, ou enfin les règles du droit écrit sur le mandat.

Puis il oppose — aux pays coutumiers, où l'on donne la saisine des meubles aux exécuteurs testamentaires avec pouvoir de les faire vendre par autorité de justice et d'exiger les dettes actives en vue du paiement des dettes et des legs, — les *pays de droit écrit* où la mission est *de pure surveillance* avec pouvoir seulement d'exiger des héritiers la remise des fonds nécessaires au paiement des legs. Il cite comme se rapprochant de cette dernière règle, bien que situées dans l'Est de la France, les coutumes de Meaux, Melun, Clermont, Châlons et Troyes. De même, dans les pays de droit écrit, l'exécuteur testamentaire ne pourra ni acquitter les dettes passives ni aliéner les immeubles ; — il peut le faire dans les pays coutumiers ; du moins il peut faire vendre les héritages jusqu'à concurrence du montant nécessaire à l'exécution du testament, et après que les revenus et les fruits ont été épuisés.

Donc toutes les coutumes sont d'accord quant à l'existence de la saisine, et aussi sur un certain nombre de caractères : elle ne fait obstacle que temporairement à la mise en possession de l'héritier ; elle ne porte jamais sur l'universalité de la fortune et ne donne pas à l'exécuteur

saisi de véritable droit réel ; il n'aura les biens en mains que pour la durée et en quantité suffisantes pour les besoins de l'exécution. Mais les coutumes varient à l'infini quant aux biens atteints et quant à la durée de la saisine ; voici les principales de ces décisions :

1° La *coutume de Paris* (art. 297), et à sa suite la plupart des coutumes ne déclaraient l'exécuteur testamentaire *saisi que des biens meubles* de la succession, mais *en totalité* (espèces, meubles meublants, valeurs, créances mobilières, revenus échus, fruits) et ce pour le paiement des dettes et des legs ; poursuite des débiteurs en justice, sauf controverse sur le point de savoir si la saisine porte sur les revenus échus depuis le décès et permet de les réclamer. Enfin certaines coutumes permettent au testateur de limiter la saisine à certaines sommes (coutumes de Paris, Berry, Amiens, Etampes, Calais) ;

2° La *coutume d'Orléans* (art. 210) et quelques autres admettaient la saisine, mais seulement jusqu'à concurrence de la somme nécessaire à l'exécution, et des biens meubles, et même des biens immeubles et héritages de la succession, à l'effet uniquement de toucher les revenus de ceux-ci, et sans que l'exécuteur testamentaire fût de ce fait autorisé, soit à vendre les immeubles, soit à faire condamner l'héritier à en souffrir la vente (1).

Dans beaucoup de coutumes, existe la possibilité pour l'héritier de dessaisir l'exécuteur en lui fournissant les

(1) Pothier, *Coutume d'Orléans*, t. VIII, ch. V, sect. I, art. 2, § 4.

fonds nécessaires à l'accomplissement de son mandat ; et dans toutes ou à peu près, il y a comme terme unique à ce mandat l'*an et jour* : du jour de la mise en possession, d'après Merlin ; du jour de la confirmation du testament d'après Ricard, sauf s'il y a des opérations engagées ; s'il existe une condition empêchant l'exécution du testament, la saisine ne pourra être prorogée que moyennant caution, sinon l'exécuteur devra opérer la remise des biens aux héritiers.

Ajoutons encore que trois coutumes donnaient sur la portée de la saisine des solutions originales : 3° la *coutume de Sens* accordait la saisine des biens meubles et des conquêts immeubles ; 4° la *coutume du Bourbonnais* accordait la même saisine, et de plus s'il était nécessaire la saisine du quart des biens immeubles propres ; 5° dans la *coutume du Nivernais*, la saisine ne portait que sur les biens meubles ; mais, en cas d'insuffisance, l'exécuteur fait savoir à l'héritier la somme qui manque, et en cas de refus de celui-ci de la fournir, l'exécuteur peut vendre les héritages jusqu'à due concurrence de cette somme.

Après la rédaction définitive des coutumes, et avec les auteurs autres que Furgole qui en ont fait le commentaire, notamment avec Pothier pour la coutume d'Orléans et Ricard pour celle de Paris, nous arrivons aussitôt, au cours du XVIII^e siècle, à la théorie des exécuteurs testamentaires telle que le Code civil l'a entendue. Et Fenet dans ses travaux préparatoires nous montre que la ma-

tière de l'exécution testamentaire n'a soulevé aucune discussion sérieuse ; ni pendant la *discussion première* au Conseil d'Etat (1), où les articles 100 à 109 sont adoptés sur le champ dans la séance du 27 ventôse an XI (18 mars 1803) sur le rapport de Bigot de Préameneu pour devenir les articles 136 à 145 dans le procès-verbal du 3 germinal an XI (24 mars 1803) (2) ; ni devant la section de législation du tribunal qui n'a apporté que des modifications de rédaction sans en changer le sens (3), ni dans la rédaction définitive.

Cette rédaction définitive fut adoptée dans la séance du 24 germinal an XI (14 avril 1803). Lors de la communication officielle au Tribunat, le rapport de M. Jaubert à l'Assemblée générale du 9 floréal an XI (29 avril 1803) n'y consacre que quelques lignes, mais qui résument très bien la théorie alors admise sans conteste : « C'est une chose de faculté », y lisons-nous. « La *saisine*, « qui ne peut porter *que sur le mobilier, ne sera jamais* « *de droit*. Le testateur ne pourra l'étendre au delà d'une « *année*. Apposition des scellés, inventaire, vente du mobilier pour acquitter les legs, responsabilité, reddition « de compte, tout est prévu (4). »

Ayant ainsi jeté un coup d'œil d'ensemble, rapide mais suffisant, sur les origines et l'histoire de notre institution, nous abordons l'étude même des principes que le

(1) Fenet, t. XII, tit. II, pp. 386 et 387 et p. 399.

(2) P. 434.

(3) P. 463 et 464.

(4) P. 560 (sect. 7 et 8) et p. 610.

Code, à la suite principalement de Pothier d'une part et de la coutume de Paris de l'autre, a posés comme base de notre institution, mais avec des limites trop étroites que la doctrine et la jurisprudence postérieures ont cherché à briser de nos jours sans pouvoir élargir l'application de l'exécution testamentaire autrement que par des procédés détournés. Une modification serait nécessaire dans la loi elle-même, dans le sens d'une liberté beaucoup plus large laissée au testateur dans le choix des pouvoirs à accorder suivant les cas à ses exécuteurs testamentaires : droit à la saisine des immeubles en l'absence d'héritiers à réserve ; facilité plus grande de proroger le délai de l'an et jour ; dispense possible de faire inventaire ; possibilité de vendre les immeubles jusqu'à due concurrence de l'acquittement des legs et des dettes en cas d'insuffisance ; et l'on pourrait même ajouter à ces extensions la faculté pour le testateur de charger l'exécuteur testamentaire de procéder au partage amiable en exécution du testament.

CHAPITRE II

NATURE DE LA CHARGE D'EXÉCUTEUR TESTAMENTAIRE.

§ 1^{er}. — Sa définition. — Sa nature.

Pothier, dans les quelques lignes d'introduction à la section (1) qu'il consacre à l'exécution des testaments, nous donne à la fois la définition et la raison d'être de l'institution des exécuteurs testamentaires : « Quoique
« l'héritier soit chargé *de droit* de l'exécution des der-
« nières volontés du défunt, et qu'il ne soit pas nécessaire
« d'en charger d'autres personnes (2), néanmoins il est
« assez d'usage que les testateurs, *pour procurer une*
« *plus sûre, plus exacte et plus diligente exécution de leurs*
« *dernières volontés*, nomment par leurs testaments *des*
« *personnes à qui ils la confient*, on les appelle exécuteurs
« testamentaires. » Nous dirons plus simplement que
l'exécuteur testamentaire est « un mandataire choisi par
« le défunt pour assurer l'exécution de son testa-
« ment (3) » ; ce sont donc avant tout des mandataires
spécialement imposés par le testateur à ses héritiers ou

(1) Pothier, t. VIII, chap. V, section I.

(2) Réminiscence du droit romain où la nécessité d'une institution d'héritier rendait in utile l'exécuteur testamentaire.

(3) M. Planiol, *Précis de droit civil*, t. III, p. 802.

légataires universels dont il peut craindre, soit la négligence, soit la mauvaise foi ou les dissensions qui nuiraient à l'accomplissement de ses derniers désirs ; après sa mort, le but des exécuteurs sera donc de surveiller l'exécution complète et exacte du testament du disposant qui a d'ailleurs la faculté d'en nommer un ou plusieurs.

Peu importe, d'ailleurs, que ces dernières volontés portent sur des points très particuliers, les seuls qui existaient à Rome (construction d'un tombeau, distribution d'argent, délivrance de captifs), ou sur une partie seulement de la fortune, comme en droit canonique et à l'origine des coutumes (legs particuliers en faveur des pauvres ou des églises) ; soit enfin sur toute la fortune, en dehors de la réserve, ou au moins sur toute la fortune mobilière ; car le droit pour l'exécuteur de faire vendre les immeubles pour l'exécution du testament est encore très controversé, comme nous le verrons plus loin.

A. — *Théorie générale.*

L'exécution testamentaire est une charge de confiance et d'amitié, « un *office d'ami* », disait Pothier, un mandat posthume, un moyen d'assurer la réalisation des volontés dernières du disposant et d'empêcher les héritiers de s'y soustraire impunément. Dès lors le *de cujus* devrait être seul juge des pouvoirs et des obligations à accorder ou à imposer à celui qu'il désigne pour ces délicates fonctions. Mais nous ajoutons aussitôt que c'est avant tout une *institution de pur droit civil*.

Si parfois, chez les Romains, un testateur nommait une personne, qui n'était ni son héritier ni son légataire pour exécuter les legs d'aliments ou d'aumônes, ou pour construire au disposant un monument funéraire, cet exécuteur (si l'on peut l'appeler ainsi) devait recevoir, des mains mêmes des héritiers ou des légataires institués, les sommes ou autres valeurs que le testateur avait destinées à la prestation de ces aliments ou de ces aumônes ou au paiement des travaux, des frais de sépulture ou autres. Le mandat ne diffère alors du mandat ordinaire que parce qu'il s'exécute après la mort du mandant.

Au contraire en droit coutumier, et surtout dans le droit germanique nous voyons la prépondérance de la volonté du disposant qui, de son vivant et malgré la présence des héritiers *ab intestat* (le testament est alors inconnu), institue, tantôt, il est vrai, un membre de la famille, mais souvent aussi une personne étrangère comme possesseur et même propriétaire de ses biens, avec charge, à sa mort, de ne les restituer aux héritiers du sang qu'après l'exécution des volontés de son mandant. La volonté du testateur nous apparaît comme la loi suprême : l'exécuteur sera le fiduciaire des donations posthumes, le tiers chargé, après le décès du commettant, de remettre le bien au bénéficiaire définitif ; on veut par deux actes entre vifs remplacer un acte à cause de mort que la coutume ne valide pas.

Mais la liberté absolue ne pouvait être la règle, surtout en présence d'une institution présentant des carac-

tères si exceptionnels. Déjà l'Église vient limiter l'étendue de l'exécution testamentaire quant au droit conféré au mandataire sur les biens à lui confiés, et non plus transmis ; une fois les legs pieux ou autres acquittés, elle veillera à ce que l'exécuteur restitue à la famille le reste de la fortune. Et, lorsque la coutume sera fixée définitivement par suite de sa rédaction écrite, elle posera des règles formelles pour bien préciser les effets de la volonté du défunt.

Le Code ne fait que reprendre, en les accentuant, à tort selon nous, les restrictions apportées par la coutume à la liberté de tester relativement à notre matière : c'est qu'il fallait une *disposition formelle de la loi*, pour permettre d'abord au testateur de se survivre à lui-même dans la personne qu'il a choisie et dont la mission commence par l'événement qui met fin au mandat ordinaire, par la mort du mandant. Et précisément, aux époques de formation et de barbarie, on ne connaissait pas cette survivance, qui nous fait voir aujourd'hui l'exécution testamentaire comme une institution universelle dégénérée ; en droit germanique, on considérait le *salmann*, non comme mandataire mais comme véritable propriétaire, et la mort de son auteur n'était plus qu'une condition résolutoire de la transmission de biens à lui consentie du vivant même du disposant ; et c'était le *salmann* qui tradait sa propriété au nouveau bénéficiaire. D'autre part l'exécution testamentaire apporte des entraves au droit de propriété qui appartient aux héritiers du testateur,

droit de maîtrise absolu, surtout pour ceux qui ont droit à une réserve. A ce double titre, le mandat qui nous occupe est d'une nature exceptionnelle dont la loi seule peut fixer l'étendue et les limites ; elle a d'ailleurs eu le tort de le faire d'une façon trop étroite, mais la doctrine et la jurisprudence sont venues bien souvent se heurter sans résultat contre ces textes du Code que le législateur peut seul toucher.

Il résulte de là que les exécuteurs testamentaires ne peuvent rien faire en dehors du cercle que la loi leur a tracé (1), et qui de prime abord paraîtrait vaste sans les restrictions qu'elle y apporte ensuite : en effet la loi, dans le Code, admet que les exécuteurs testamentaires ont, comme leur nom l'indique, la *mission générale* de veiller à l'entière exécution du testament, et que dans ce but le testateur a la faculté de leur accorder certaines prérogatives ; mais ce sont ces prérogatives que la loi réduit à peu de chose. Nous verrons, dans le cours de cette rapide étude, combien ce cercle est étroit, et comment la jurisprudence a toujours considéré, devant l'étroitesse de la loi, le mandat d'exécuteur testamentaire comme susceptible d'extension, au moins *en vertu de la volonté expresse du testateur* (la vente des immeubles, s'il est nécessaire, le paiement des dettes, enfin pour certains dispense d'inventaire, et dispense de compte). D'autre part la jurisprudence évite toute extension intempestive, nous voyons

(1) Tribunal civil de Lille, 19 mai 1892, D. 93.II.311.

ainsi la Cour suprême, dans un arrêt du 24 janvier 1899 (1), casser sans pitié un arrêt qui soumettait l'exécuteur testamentaire à des obligations et à des responsabilités qui n'étaient écrites ni dans le testament ni dans la loi. En se bornant à désigner un exécuteur testamentaire, même sans préciser ses pouvoirs et ses obligations, le testateur l'investit implicitement d'un mandat tel qu'il est déterminé par la loi même (art. 1025 et suiv. C. civ.) : ce serait rendre indirectement caduque la désignation de cet exécuteur que de lui imposer de telles obligations, des responsabilités si étrangères à celles de la loi, qu'il n'hésiterait pas à décliner le mandat pour s'y soustraire.

Nous avons dit que l'exécution testamentaire « remède permis par la loi aux testateurs » pour obtenir la réalisation de leurs désirs « avec plus de diligence et de sûreté », dit Ricard (2), cessait par la mort de l'un des contractants et se formait sans le concours des volontés et sans l'acceptation du mandataire du vivant du mandant ; car les actes à accomplir par l'exécuteur ne peuvent l'être utilement qu'après le décès du testateur ou mandant. Malgré ces dérogations aux règles ordinaires du mandat, et tout en faisant intervenir de préférence les textes spéciaux des articles 1025 à 1034 de notre Code, *l'unanimité des auteurs* et la jurisprudence considèrent la charge des exécuteurs testamentaires comme un *vrai mandat*, auquel ils appliquent toutes les dispositions du Code rela-

(1) Civ. cass., 24 janvier 1899, 2^e arrêt, Dalloz, XIX, 1533 et Sirey, I, 342.

(2) Ricard, *Donations*, t. I, ch. II, n^o 63.

tives à ce contrat (1) sur tous les points où le même Code n'a pas posé des règles spéciales que nous étudierons bientôt.

B. — *Théorie de M. Huc.*

Un seul auteur contemporain, M. Huc, dans son remarquable *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, où il traite de notre matière sous les numéros 357 et suivants dans son tome VI, p. 451 et suivantes, a de nos jours déclaré absolument fausse l'idée que l'exécuteur testamentaire est un mandataire d'une nature spéciale imposé par le testateur à ses héritiers qui ne peuvent le révoquer (2).

Pour lui, le mandataire représente quelqu'un, les exécuteurs ne représentent personne, ni les héritiers, ni les légataires, ni enfin le testateur, car on ne peut représenter par mandat que les personnes vivantes, d'après l'article 2003 du Code civil. Du but même de leur institution qui est la conservation de la volonté du défunt au delà de la mort, du mode de nomination par un acte solennel de dernière volonté, semblait découler cette conséquence logique que leur fonction est bien un mandat spécial, et non une charge publique, comme la tutelle. Pour M. Huc, la loi n'intervient pas seulement pour restreindre les effets de la volonté du testateur, elle se pose en créatrice ; c'est elle qui seule peut susciter une telle

(1) C. civil, livre III, titre XIII, art. 1984 à 2010.

(2) Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VI, p. 452, n° 357 et en général p. 451 et suiv.

dérogação aux règles ordinaires du droit, et non pas seulement la tolérer et la permettre. De là sort une conception originale de la nature de l'exécution : « C'est, « dit-il, un *fonctionnaire d'ordre privé* [ces deux mots « sont déjà bien disparates], chargé de procurer l'exé- « cution d'un texte de loi d'ordre également privé. Le « testateur aurait pu rédiger son testament dans la forme « d'un arrêté, et le terminer par la formule suivante : « M. X... est chargé de l'exécution du présent. L'exé- « cuteur testamentaire n'est un mandataire que dans le « sens où on peut dire que les agents d'exécution sont « les *mandataires de la loi* ; c'est, si l'on veut, un man- « dataire du testament, c'est-à-dire que ce n'est pas un « mandataire (1). » Il ajoute que « l'exécuteur testamen- « taire est un agent d'exécution, comme l'indique son « nom, et rien qu'un *agent d'exécution* ».

Pour lui, la gratuité de l'exécution testamentaire et la possibilité du refus de la mission offerte à l'exécuteur ne sont pas du tout suffisantes pour établir une analogie juridique avec le mandat ordinaire. Le légataire soumis à une charge n'en acquiert pas moins à titre gratuit la chose léguée ; « l'exécuteur testamentaire au contraire n'acquiert pas » ; soumis à une charge également, il a pour la remplir les pouvoirs suffisants accordés par la loi, « mais n'a pas de droits sur les biens » à lui confiés. Sa mission est de pure surveillance, « son intervention est surtout utile pour poursuivre, au besoin par les voies

(1) Huc, *op. cit.*, VI, p. 452, n° 357.

judiciaires, l'exécution des dispositions testamentaires qui, n'ayant pas de bénéficiaire spécial et direct, risquent fort de n'être pas accomplies. Il en est ainsi pour les fondations de messes et de certaines charges pieuses (1) » ou charitables ou esthétiques (legs de tableaux à un musée, de prix à une institution charitable ou littéraire, etc.). « C'est même là l'origine des exécuteurs testamentaires qui le plus souvent étaient choisis parmi les religieux. » Peu importe d'ailleurs que le testateur ait désigné sous le nom de légataire universel celui qui, en réalité, n'est chargé que de l'exécution du testament ; nous verrons plus loin qu'il n'y a pas incompatibilité entre les deux qualités, mais que la jurisprudence les a toujours soigneusement distinguées en recherchant quelle est la véritable intention du testateur et sans s'attacher aux expressions par lui employées.

M. Huc ajoute encore que l'exécuteur ne peut pas accorder la délivrance des legs mobiliers, mais seulement effectuer leur paiement, qu'il s'agisse d'ailleurs d'objets déterminés, de sommes d'argent ou de quantités ; mais la délivrance est accordée par le seul débiteur du legs, c'est-à-dire par l'héritier, ou à son défaut, sur l'ordre du juge qui intervient au nom de la loi dont l'exécuteur est le mandataire. A plus forte raison M. Huc, qui n'admet, en cas d'insuffisance de deniers pour acquitter les legs, la vente du mobilier qu'avec le consentement des héritiers ou eux dûment appelés en vertu d'une ordonnance

(1) *Caput unic. Clementines*, lib. III, tit. 6, *De testament*.

du juge, refuse-t-il à cet agent d'exécution le droit de faire vendre les immeubles en cas d'insuffisance du mobilier ; et là il est d'accord avec la grande majorité des auteurs et certaines décisions de jurisprudence (1). De même, il refuse à l'exécuteur le droit d'acquitter d'autres dettes que les dettes modiques, conséquences de sa gestion, même si le testateur l'en a chargé spécialement. En un mot, sa principale mission est de veiller, mais seulement dans la mesure des moyens que la loi laisse au disposant le loisir d'employer, à ce que le testament soit exécuté et à ce que son exécution une fois accomplie ne soit plus modifiée, ce qui implique une autorisation pour intervenir et défendre en justice, à quelque époque que la contestation se produise.

Le meilleur moyen de réfuter la théorie de M. Huc, pour nous qui connaissons les origines de notre institution, est de s'appuyer sur elles pour montrer que le temps a modifié et amplifié le rôle de l'exécuteur, et que la loi n'est intervenue que pour limiter cette extension qu'elle jugeait dangereuse : la mainmise de la loi sur cette charge n'est donc qu'une conséquence du développement rationnel de cette création, bien loin d'être le principe d'où elle est sortie, la raison d'être et la cause de son apparition. Nous avons vu qu'à Rome la volonté du testateur, en cette matière, était subordonnée à l'institution d'héritier ; et celle-ci émanait déjà du pouvoir

(1) Notamment MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n° 2653 ; Bruxelles, 29 novembre 1872. Pasier, 73, II, 96.

absolu qu'avait en droit classique le testament lui-même, sorte de loi écrite. M. Huc, par ses idées nouvelles et originales, se rapprocherait assez de cette conception, mais ajoutons bien vite que les applications, à Rome, de cette fonction sont si peu nombreuses et si étroites qu'elles ne peuvent constituer qu'un élément très faible de formation de l'exécution testamentaire, si même on admet avec M. Esmein cette origine. Les véritables et importantes sources furent le droit canonique et les coutumes germaniques : en droit canonique, il est vrai, les applications premières consistèrent en des legs pieux dont l'Eglise fut l'instigatrice ; or la pression morale et religieuse qu'elle exerçait sur la volonté du disposant souleva bientôt des révoltes, comme nous l'avons vu, et son intervention ne peut être comparée à une intervention de la loi écrite. Mais c'est surtout en droit germanique que la volonté du disposant est prépondérante, à ce point qu'il lui est loisible de céder la propriété même de ses biens à une tierce personne à charge de les transmettre aux bénéficiaires désignés, au moment du décès de son auteur ; l'Eglise atténua ce caractère réel de l'exécution.

Et, à mesure que notre institution se développe, déjà au temps de Beaumanoir et dans les coutumes, ce ne sont plus des legs insignifiants comme à Rome, des legs pieux comme sous la domination de l'Eglise ; c'est l'exécution de toutes les clauses du testament lui-même qui fera l'objet de la nomination des exécuteurs ; et leur mis-

sion principale sera l'acquittement des legs mobiliers qui ont pour la plupart des *bénéficiaires intéressés*, contrairement à l'idée de M. Huc. Et c'est précisément le conflit qui peut s'élever entre ces bénéficiaires émanés de la volonté toute puissante du testateur et les bénéficiaires naturels de la fortune du défunt, émanés de la loi comme réservataires, que l'exécuteur sera chargé d'écarter et d'éviter : mais, s'il ne peut le faire, si des contestations s'élèvent, alors il interviendra pour veiller à ce que la volonté du mort soit bien accomplie malgré les résistances des héritiers ou légataires universels soutenus par la loi.

C'est alors que la loi intervient pour, et au nom de la famille, poser des limites à la liberté de tester, pour empêcher le testateur de conférer à son mandataire posthume plus de pouvoirs que la loi n'en veut admettre, et non plus seulement pour empêcher l'atteinte à la réserve qui n'est nullement menacée. Comment admettre que précisément la force qui vient mettre des entraves au libre exercice des dernières volontés du testateur, qui vient arrêter dans leur essor les dispositions du testament, loi écrite d'après M. Huc, est la cause première et créatrice de l'exécution testamentaire ? Qu'elle en soit la régulatrice : soit ! Mais la seule cause d'où est sortie notre institution n'est et ne peut être que la volonté de l'homme, la volonté du disposant, qu'il agisse sous l'influence des idées romaines, de l'Eglise, ou d'après ses propres impulsions, et cette volonté, la loi est venue la régler par la suite.

D'autre part, cette conception, du testament sous forme d'arrêté légal, de l'exécuteur sous l'aspect de fonctionnaire d'ordre privé, mandataire de la loi et agent d'exécution, bien qu'originale, ne répond pas, non seulement aux origines¹ de notre institution, mais à ce qu'a voulu le testateur. Le testateur a voulu, et alors nous dirons que la loi devait intervenir pour lui permettre cette dérogation au droit commun, laisser derrière lui et après sa mort un véritable mandataire, une émanation de lui-même et non pas de la loi. La loi ne peut connaître ni prévoir les pensées intimes de chaque testateur, les raisons pour lesquelles il nomme tel exécuteur de préférence à tel autre, et lui donne tels pouvoirs, et non tels autres ; et, quand la loi vient dire : « Je n'autorise pas cet agent d'exécution à faire vendre les immeubles, à payer les dettes », bien que le défunt en ait exprimé l'intention formelle dans son testament, je ne vois pas comment la loi peut être appelée l'inspiratrice de cette nomination, puisqu'elle contrarie précisément les effets de cette loi écrite qu'on appelle le testament, et qui émanerait d'elle. Elle apporte au contraire des limites, que nous critiquerons comme beaucoup trop étroites à cette loi d'ordre privé dont, d'après M. Huc, elle aurait créé l'agent d'exécution.

Nous avons aussi pour nous l'unanimité des auteurs ; non seulement Pothier et Furgole qui sont souvent en désaccord sur bien des points, non seulement Ricard et Merlin préparateurs du Code, mais les auteurs du com-

mencement et du milieu du siècle comme Toullier, Delvincourt, Marcadé et Troplong, et ceux plus rapprochés de nous comme MM. Demolombe, Aubry et Rau, Laurent, Colmel de Santerre, Baudry-Lacantinerie et Colin, sont tous d'accord pour faire de l'exécution testamentaire non pas une fonction publique, mais un office d'ami, suivant l'expression de Pothier, et plutôt un mandat de telle nature qu'il ne peut être rempli qu'après le décès du mandant (Voir la plus grande partie de ces auteurs cités *Répertoire périodique* de Dalloz (1), ainsi qu'aux *Codes annotés* (2) du même auteur). Ce qui vient à l'appui de cette solution générale, c'est que des personnes incapables de remplir certaines fonctions publiques peuvent très bien remplir le mandat d'exécuteur testamentaire, par exemple la femme mariée sauf l'autorisation de la puissance maritale. On objectera que la femme peut dans les mêmes conditions remplir les fonctions de tutelle qui sont bien une charge publique et que l'on rapproche souvent de notre institution. Nous répondrons qu'un étranger, qui ne peut en règle générale remplir les fonctions de tuteur, pourra vablement remplir le mandat d'exécuteur testamentaire. La jurisprudence, dans les rares décisions rendues en cette matière, s'est toujours prononcée dans ce sens (3).

(1) *Répertoire périodique*, au mot *Dispositions et testam.*, t. XVI, p. 1100 et son supplément, p. 260.

(2) Dalloz, *Codes annotés sur l'art. 1025*, p. 855 et Supplément, p. 265.

(3) Colmar, 8 novembre 1821 ; Devilleneuve, Coll. nouvelle, VI, II, 482 et Bordeaux, 3 mars 1880, Sirey, 81.II.8.

C. — *Le mandat émane du seul testateur.*

Comme conséquence de cette nature de l'exécution testamentaire, nous lui ferons l'application des règles générales du mandat, et nous verrons ensuite les règles spéciales par lesquelles il s'en différencie. Mais auparavant une question reste à examiner : puisque c'est un mandat, *de qui l'exécuteur testamentaire est-il mandataire ?*

Citons pour mémoire l'opinion de Furgole (1) et de Vazeille qui est indécise ; l'exécuteur représente à la fois et le testateur et les héritiers ou légataires. Pour la majorité des auteurs (2) et pour la jurisprudence dont les principaux arrêts sont cités au *Répertoire de Dalloz* et à son *Supplément* (3), l'exécuteur testamentaire est le *mandataire du testateur seul*, et non des héritiers et légataires ; le testateur est le seul mandant, de lui seul viennent les pouvoirs, car l'exécuteur ne peut être nommé que par testament. Comme le dit fort bien Demolombe (*op. cit.*, t. V, n° 5) : « Il est imposé aux parties qui ne

(1) Furgole, t. IV, ch. X, section IV, n° 10, *Traité des testaments* ; Vazeille, art. 1025, n° 1.

(2) Marcadé sur l'art. 1025 de son *Explication théorique et pratique du Code civil* ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXII, ou plus simplement *Traité des donations entre vifs et testaments*, t. IV, nos 22 et 23 et t. V, n° 5 ; Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, t. VII, § 711, 1°, p. 447.

(3) Dalloz, *Répertoire*, n° 3594, p. 1025 ; *Supplément*, nos 849 et 850 sur l'interprétation des tribunaux : Requête, 30 novembre 1869, D. 70.I.202 ; Orléans, 27 février 1869, D. 70.II.90, et 4 juillet 1885, D. 86.II.195 ; Poitiers, 22 janvier 1883, D. 84.II.165.

l'ont pas consenti, et qui ne peuvent pas le révoquer, ce qui prouve que l'exécuteur testamentaire n'est pas, comme quelques-uns l'ont écrit, le mandataire des héritiers ni des légataires » ; nous dirons que, s'il accomplit de nombreux actes les intéressant, il sera pour eux un *mandataire nécessaire* dont ils ne pourront contrarier la mission ; mais ce n'est pas pour eux un mandataire, car, bien souvent il agirait contrairement aux intérêts de ces pseudo-mandants, puisqu'il est chargé de distribuer à d'autres une partie des biens qui devraient leur revenir si le testateur était mort intestat. Bien plus, si ceux appelés par la loi à recueillir les biens s'opposaient à la mission donnée par le testament, l'exécuteur pourrait faire cesser leurs manœuvres et faire approuver son droit de contrôle et même d'action pendant toute la durée de l'exécution. C'est une grande dérogation à la règle de l'article 2004 du Code civil « le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble », qu'on ne pourrait expliquer dans notre cas si l'exécuteur était le représentant des héritiers et des légataires universels (Lyon, 15 mars 1854, Sirey, 54. II. 424) ; on pourrait objecter que des règles spéciales existent pour cette institution, et que parmi elles pourrait se trouver cette défense aux héritiers de révoquer leur mandataire ; nous répondrons que les règles spéciales qui président à l'exécution testamentaire sont prévues par un texte de loi formel, et que précisément cette nécessité fâcheuse est une entrave au développement, à l'extension utile tentée par la doctrine et la juris-

prudence de ce siècle. Cette disposition bizarre, qui enlèverait aux mandants le droit de révoquer leur mandataire, ne peut être forgée et surtout appliquée par suite d'une simple émission de doctrine, d'ailleurs peu suivie et ancienne.

Enfin, si des comptes sont dus par les exécuteurs testamentaires aux héritiers ou légataires du testateur, ce n'est que du jour où le testament est exécuté, la mission à eux contraire terminée et lorsqu'ils ont réellement pris la place de leur auteur décédé dont les dernières volontés sont accomplies. Qu'ils viennent dans la suite attaquer ce qui a été fait en exécution de ces volontés, l'exécuteur fera revivre le testament de son mandant qu'il viendra défendre contre ces attaques qui tendent à bouleverser le mandat qu'ils devaient, non donner, mais subir. Nous concluons donc que l'exécuteur du testament est le mandataire de celui-là seul qui l'a écrit ou fait, c'est-à-dire du testateur seul.

Nous avons dit qu'on a voulu voir dans l'exécution testamentaire une institution universelle dégénérée. Aussi les tribunaux ont un large pouvoir d'appréciation pour déterminer s'ils se trouvent en présence d'un légataire universel ou d'un simple exécuteur testamentaire. Cette dernière qualité résultera de la nature de la mission déférée par le testateur et des intentions de ce dernier, mais non des expressions employées qui n'ont aucune importance. Voyons les principaux cas résolus par notre jurisprudence : 1° Quand même le testateur

aurait désigné sous le nom de « légataire universel » une personne qui en réalité n'est investie par le testament d'aucune universalité de biens et est seulement chargée de remettre à un tiers désigné le surplus de l'actif de la succession après l'acquittement du passif et des legs particuliers, en l'absence d'héritiers réservataires, c'est d'un simple exécuteur testamentaire qu'il s'agit (1). 2° La disposition d'un testament dans laquelle un légataire est qualifié de « légataire universel » peut être interprétée en ce sens que, par cette qualification, le testateur n'a entendu nommer que simple exécuteur celui qu'il désignait ainsi par erreur (2) et lorsque l'institution d'un legs universel à son profit serait en contradiction flagrante, soit avec les autres dispositions du testament concernant le même légataire et ses colégataires, soit avec des testaments antérieurs que le testateur a déclaré confirmer. Dans ce même arrêt, on déclara mandataire ou simple exécuteur l'un des héritiers chargé dans un testament de gérer les affaires du testateur s'il venait à ne pouvoir les gérer lui-même et que celui-ci nommait « mandataire » pour le temps qui suivrait son décès, bien que dans un nouveau testament confirmatif ce « mandataire » soit nommé non plus mandataire, mais « légataire universel ». 3° Enfin un dernier cas où la jurisprudence ramène l'institution universelle à un simple mandat d'exécuteur testamentaire est le cas où il est établi clairement

(1) Orléans, 4 juillet 1885, D. P. 86. II. 195, aff. Bodin.

(2) Orléans, 27 février 1869, D. P. 70. II. 90, aff. Verna-Boutet.

que l'institution est simulée et n'a pour but que de *masquer un fidéicommiss* ; à la différence des deux hypothèses précédentes où le testateur a fait erreur dans l'émission extérieure de ses volontés, il a ici l'intention de faire de ce pseudo-légataire universel, qu'on appelle ainsi parce qu'on veut faire croire que telle est bien sa qualité, un fiduciaire chargé en secret de transmettre les biens à qui ne doit pas les recevoir. « Il est clair, dit à ce propos M. Demolombe (1), que ce prétendu légataire universel « ne serait qu'un exécuteur testamentaire, ou un fiduciaire chargé de protéger frauduleusement contre l'action des héritiers *ab intestat* les dispositions faites au profit des incapables, afin que les héritiers, n'ayant pas d'intérêt, n'eussent point par cela même d'action. Dès qu'il est démontré que le titre de légataire universel « n'est pas sérieux, on ne doit voir en lui qu'une *personne interposée*. » Le legs universel par exemple au profit d'une personne à qui une certaine somme est en même temps léguée à titre particulier, ne lui confère que le titre d'exécutrice testamentaire avec rémunération, quand du testament il résulte clairement qu'elle n'a été instituée que dans le but d'écarter, par défaut d'intérêt, les tentatives que ne manqueraient pas de faire auprès du gouvernement les héritiers à fin de réduction de ces legs faits en réalité à des établissements publics ou d'utilité publique, et pour leur faire arriver la portion de leurs (2) legs

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. I, n° 644.

(2) Requête, 30 novembre 1869, affaire Britelle, D. P. 70. I, 202.

dont l'acceptation ne serait pas autorisée (Requête, 30 novembre 1869). 4^o On peut rattacher à cet ordre d'idées une décision de la Cour de Poitiers qui, à l'inverse des précédentes, refuse à l'exécuteur testamentaire le pouvoir d'agir comme mandataire du défunt qui l'a cependant chargé de l'exécution de son testament ; c'est au cas où le *légataire n'est pas et ne peut pas être en situation de profiter du legs* : par eux, l'exécuteur ne peut se constituer mandataire d'un institué *absent* (même fût-il prouvé que cet institué existait au moment du décès du testateur), pour accepter la succession en son nom (1).

Après ces notions générales sur la définition et la nature de notre institution, voyons comme conséquences de son caractère de *mandat spécial*, quelles sont les règles du mandat ordinaire que nous lui appliquerons et quelles règles spéciales lui créent une situation à part.

§ 2. — Conséquences de cette nature. — Application à notre matière des règles générales du mandat. — Énumération des règles spéciales à notre institution.

A. — *Application des règles générales du mandat.*

Comme tout autre mandataire, l'exécuteur représente son mandant, le testateur ; il agit et parle en son nom, et l'acte est accompli par lui comme si le mandant l'avait accompli lui-même ; mais la grande différence, c'est que le testateur ou mandant se survit à lui-même en la per-

(1) Poitiers, 22 janvier 1883, D. 84. II. 165.

sonne de l'exécuteur de ses dernières volontés, son mandataire.

1° Comme pour le mandat ordinaire, « le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire », dit l'article 1984, al. 2 du Code civil (liv. III, tit. XIII, ch. 1^{er}). En effet l'exécuteur, comme nous le verrons plus loin, est absolument libre d'accepter ou de refuser ce simple office d'ami, sans formuler aucune excuse (1). « L'acceptation peut être tacite, et résulter, dit l'article 1985, de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. »

2° Le mandat de l'exécuteur testamentaire peut être (2) « *spécial* » (et alors il se rapproche des origines romaines), c'est-à-dire ne concerner qu'une affaire (règlement des funérailles, legs spécial aux pauvres, à un établissement public ou à l'État, à un établissement d'utilité publique civil ou religieux), (2) « ou certaines affaires seulement ». Le notaire, nommé exécuteur pour procéder à la liquidation de la succession, ne devra pas intervenir dans la défense du testament attaqué, une fois la succession liquidée, si le testateur ne l'en a pas chargé. Mais le plus souvent le mandat est (2) « général » : il comprend, non seulement le paiement de tel ou tel legs, mais *l'exécution entière, complète du testament*, et, une fois exécuté, le droit de le défendre contre toute nouvelle attaque. — « Le mandataire ne peut *rien faire au delà de ce qui est*

(1) Furgole, *op. cit.*, n° 20.

(2) Renvoi triple, expressions employées pour le mandat par l'article 1987 du Code civil.

porté dans son mandat », dit l'article 1989 qui s'applique également à l'exécuteur ; et même, ici pour les raisons exposées plus haut, la loi intervient pour limiter le mandat malgré la volonté expresse du testateur, ce qui constitue l'une des règles spéciales de notre mandat. — Ajoutons que, si le testateur a la liberté absolue de désigner ou non des mandataires spéciaux à côté de l'exécuteur testamentaire, on ne peut suppléer à son silence, même si l'exécuteur ne s'occupe pas de ces questions particulières ; par dérogation à cette règle, la jurisprudence admet qu'en *cas de succession échue à des mineurs* dont les intérêts doivent être sauvegardés à la suite du refus de l'exécuteur testamentaire, un *surveillant ou mandataire spécial* sera désigné pour suivre et la liquidation de la succession et l'exécution de l'acte testamentaire (1) ; il devra d'ailleurs se borner à une simple surveillance.

3° Dès que l'exécuteur a consenti expressément ou tacitement, le contrat de mandat s'est *irrévocablement* formé. Car ici, le mandat ne peut être révoqué par le mandant que pendant sa vie, c'est-à-dire avant l'entrée en fonctions du mandataire. Cependant, même après l'entrée en fonctions, l'exécuteur, qui ne peut plus notifier sa renonciation au mandant qui est décédé, ce que peut faire un mandataire ordinaire à son mandant qui existe, sauf indemnité, l'exécuteur, dis-je, pourra renoncer au mandat s'il « se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat *sans en éprouver lui-même un préju-*

(1) Cassation, 3 juin 1872, D. 72.I.24.

dice considerable » (1), conformément aux règles ordinaires.

4° Nous avons vu que la nature de notre institution, qui n'est pas une fonction publique, mais un office d'ami, permettait de nommer exécuter un étranger ; de même, en vertu des articles 1990 et 1420, la femme mariée peut être exécutrice, sauf autorisation maritale ; par dérogation, le mineur émancipé qui peut être mandataire (art. 1990), ne peut jamais être exécuter testamentaire, nous en verrons la raison plus loin. Sauf cette dernière exception, dans les deux cas de mandats, on n'exige comme nécessaire que la jouissance, non des droits politiques, mais des droits civils, ce qui excluait le mort civilement sous le Code et aujourd'hui l'interdit légalement.

5° *Gratuité des fonctions* : enfin, le point commun aux deux mandats ordinaire et testamentaire qui doit nous retenir le plus, est celui que prévoit la règle générale de l'art. 1986 : « le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire ; » ici d'ailleurs, la convention est remplacée par le testament, et toutefois il faut, dans les deux cas, acceptation du mandataire pour qu'il soit obligé ; et lui seul, à ce moment, est obligé, le mandant ne le sera que par suite de faits postérieurs ; dans notre cas, la particularité sera que l'exécuter aura en face de lui comme obligée la succession de son auteur, et non l'auteur

(1) C. civ., art. 2007 *in fine*, livre III, titre XIII, ch. IV.

lui-même. Ce n'en est pas moins un mandat, c'est-à-dire un contrat synallagmatique imparfait, parce que l'exécuteur acceptant s'oblige seul à remplir sa mission, il n'y a pas obligation réciproque, ou du moins l'obligation du mandant ou de sa succession n'apparaîtra clairement qu'une fois la mission accomplie en tout ou en partie. Tandis qu'en droit romain et dans notre ancien droit français, la gratuité était de l'essence même du mandat, aujourd'hui par une innovation considérable du Code, la gratuité n'est plus que de la nature du mandat qui ne cessera plus d'avoir ce caractère, parce qu'un salaire aurait été alloué au mandataire, ce qui est presque la règle. Et c'est à tort qu'en 1869, le tribunal d'Anvers (1) avait décidé que l'exécution testamentaire devait être écartée par suite de l'attribution d'une somme à l'exécuteur ; nous verrons, en étudiant les questions de nomination et d'acceptation, dans quelle mesure le mandat d'exécuteur peut être salarié et, en même temps, la corrélation à établir entre la libéralité et l'exécution testamentaire.

Pour en finir avec cette comparaison, ce rapprochement des deux mandats, nous dirons que les obligations générales dont est tenu l'exécuteur testamentaire sont à peu près les mêmes que celles établies pour le mandat ordinaire par les articles 1991 à 1997 du Code civil : accomplissement total du mandat une fois commencé, sauf l'excuse de l'article 2007 *in fine* (déjà vue) pour pré-

(1) Anvers, 10 juillet 1869, *Belg. judic.*, 69.1414.

judice considérable ; responsabilité du dol et des fautes de gestion, plus lourde s'il y a salaire ; obligation de rendre compte de cette gestion, avec dette « de l'intérêt des sommes employées à son usage pendant l'exécution à dater de cet emploi ; et de celles dont il est reliquataire à compter du jour qu'il est mis en demeure », dit l'article 1996 ; absence de solidarité en cas de pluralité d'exécuteurs, sauf pour le compte du mobilier, ou si elle est exprimée au testament ; intransmissibilité aux héritiers du mandataire, sauf à ceux-ci à aviser le mandant ou sa succession et à pourvoir au plus urgent (art. 2010). Toutefois, si les obligations ordinaires et la responsabilité sont les mêmes, ne sont pas les mêmes les personnes envers qui les deux sortes de mandataires sont responsables et doivent compte de leur gestion : car, dans l'exécution testamentaire, ce n'est plus au mandant que le mandataire a affaire, c'est à ses héritiers, à sa succession.

Voyons maintenant les règles spéciales que nous ne ferons qu'énumérer et qui distinguent bien notre institution de celle du mandat ordinaire. Leur étude viendra à mesure que nous examinerons les divers articles du Code dans lesquels ces règles sont établies ; elles ont trait principalement au mode de nomination de l'exécuteur, à la capacité exigée, et surtout aux fonctions et aux pouvoirs que *la loi permet* au testateur de lui attribuer.

B. — *Énumération des règles spéciales au mandat de l'exécuteur testamentaire.*

Nous avons vu que l'exécution testamentaire est un *mandat posthume*, d'une nature toute particulière avec cette double particularité : d'une part il prend naissance par l'événement qui met fin au mandat ordinaire, savoir la mort du mandant, du testateur par dérogation à l'article 2003 *in fine* du Code civil ; d'autre part la volonté du mandataire, de l'exécuteur testamentaire n'a pu s'unir à celle du mandant, qui ne devient définitive que par sa mort, pour former le consentement, base essentielle du mandat comme de tous les contrats. C'est pour ces graves modifications à la théorie du mandat que la loi est venue poser des règles précises, en même temps qu'elle limitait l'application de l'exécution en vue de défendre les intérêts des héritiers, seuls ayants droit à la succession ; voilà pourquoi nous l'appelions plus haut une institution de pur droit civil. Mais, à part cette différence dans son essence même avec le mandat ordinaire, et comme conséquence l'exécution testamentaire s'en écarte sur plusieurs points spéciaux dont voici les principaux :

1° *Mode de nomination.* — Tandis qu'en vertu de l'article 1985 du Code, le mandat ordinaire « peut être donné « ou par acte public, ou par écrit sous seing privé, même « par lettre » et même verbalement dans les cas où la preuve testimoniale est admise, — l'exécution testamentaire ne peut être déférée *que par testament* valable, que

ce soit celui même qu'il s'agit d'exécuter ou un postérieur, ou même un codicille. C'est qu'il s'agit ici de modifier dans une mesure plus ou moins large les droits des héritiers du mandant et après la mort de celui-ci qui ne peut apporter une confirmation à son mandat, sa volonté doit donc être exprimée d'une façon formelle et solennelle.

2^o *Capacité exigée.* — On peut choisir pour mandataire un incapable, car le mandant ainsi ne compromet que ses intérêts ; nous verrons que le testateur compromettrait les intérêts de ses héritiers en leur imposant comme exécuteur testamentaire un incapable.

CHAPITRE III

NOMINATION DE L'EXÉCUTEUR ; SON ACCEPTATION.

Nous allons examiner d'abord quel est le mode de nomination et celui de révocation de l'exécuteur testamentaire exigé, puis nous verrons que, malgré la gratuité du mandat, l'on peut léguer dans certaines limites à l'exécuteur, ce qui nous amènera tout naturellement à parler des effets de l'acceptation ou du refus possibles par l'exécuteur sur les libéralités qui peuvent accompagner la nomination, et de la non-transmission de sa qualité et de sa mission, sauf emploi d'un fondé de pouvoir spécial ; enfin nous poserons la question du cas de pluralité d'exécuteurs testamentaires et des diverses hypothèses qui peuvent en résulter.

§ 1^{er}. — Mode de nomination et de révocation de l'exécuteur testamentaire.

A. — *Nomination.*

Nous avons déjà dit que l'exécuteur testamentaire ne pouvait être nommé que par testament, par un testament valable naturellement ; mais cette règle caractéristique de notre mandat n'est pas inscrite dans la loi, et certains auteurs ont argué de la nécessité de l'intervention du

législateur en notre matière exceptionnelle pour soutenir que l'article 1985 devait s'appliquer ici en l'absence de texte ; l'exécuteur pourrait être nommé dans tout acte public ou privé suffisant pour constater un mandat.

Cette théorie, aujourd'hui à peu près abandonnée, était celle de Furgole dans l'ancien droit (1) et fut l'objet d'une assez vive controverse entre cet auteur et Pothier (2) qui soutenait la théorie admise par l'opinion générale, et qui seule peut se comprendre. En effet, l'on vient prétendre que la loi doit intervenir expressément en notre matière, et l'on profite de son silence pour amoindrir sérieusement les garanties nécessaires aux héritiers et qui seules peuvent expliquer son intervention et les limitations qu'elle apporte à la liberté du testateur : car la solennité de la rédaction et de la conservation du testament offre une sûreté bien plus grande aux héritiers vis-à-vis de l'exécuteur qu'un simple écrit, même sous seing privé ayant date certaine (3), et que le bénéficiaire peut obtenir trop facilement s'il a des sujets d'inimitié qui le poussent à s'immiscer dans la succession par haine des héritiers du défunt.

Bien plus, si l'on applique l'article 1985, il faut aller jusqu'à admettre que le mandat d'exécuteur « peut aussi être donné verbalement », la preuve testimoniale n'en étant reçue que conformément au titre des contrats ou

(1) Furgole, *op. cit.*, n° 10.

(2) Pothier, *op. cit.*, n° 25.

(3) Par exemple un acte sous seing privé écrit par une main étrangère, mais daté et signé.

obligations conventionnelles en général. Ce serait vraiment rendre illusoires les précautions prises par le législateur, que de faciliter à ce point la nomination de tout étranger à la famille, s'il n'a pas un intérêt, par exemple, supérieur à 150 francs, ou si son intérêt est de ceux qui ne se convertissent pas en argent, comme celui dont nous venons de parler. A la vérité, le testateur aura toujours le droit, s'il est circonvenu, de satisfaire dans son testament la haine de cette personne, si lui-même est mal disposé pour des héritiers ingrats ou éloignés ; mais il devra réfléchir à la gravité de son acte, qui sera beaucoup plus critiquable et sûrement attaqué qu'un simple écrit ou même une promesse, si celle-ci ne prête pas à suspicion. Le testament en effet est un acte privé, une loi de la famille à laquelle celle-ci et celui qui en est l'auteur attachent instinctivement une importance considérable que la loi vient encore augmenter par la solennité dont elle entoure, soit sa rédaction, soit son dépôt chez l'officier ministériel, soit enfin son ouverture par un membre de la justice.

Aussi n'est-il pas étonnant que la majorité, pour ne pas dire l'unanimité des auteurs, s'appuyant d'abord sur la tradition qui est fixée dans ce sens, à part quelques dissidences, exige *un testament* comme acte nécessaire à la nomination d'un exécuteur « testamentaire » ; ce dernier mot d'ailleurs implique lui-même cette exigence. Mais les textes ne sont pas absolument muets : principalement l'article 1025, qui forme le début de notre sec-

tion VII (1), emploie pour désigner le mandant les mots « *Le testateur* pourra nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires », ce qui implique bien que, s'il y avait eu un autre mode de nomination que le testament même, la loi en cette matière exceptionnelle aurait pris le soin de le dire.

Enfin, dans tous les cas où la jurisprudence a eu à se prononcer sur la nomination de l'exécuteur, notamment pour savoir dans quelle mesure la gratuité devait être entendue, elle suppose toujours que cette nomination a eu lieu par testament, par exemple, dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 29 juin 1899 (S. 1899.I.472, XVIII), la Cour suprême permet aux juges du fond, par interprétation des *dispositions d'un testament*, de déclarer qu'une personne, malgré la qualité de légataire qui lui est assignée, n'a été nommée en réalité que simple exécuteur testamentaire, ne pouvant dès lors être tenue sur ses biens personnels du paiement d'un legs particulier. [Notons en passant que l'hypothèse contraire s'est présentée dans un procès littéraire intéressant, celui de la succession d'Edmond de Goncourt, où le testament avait désigné sous le nom d'exécuteurs testamentaires de véritables légataires universels] (Cass. requête, 23 mai 1898 sur Rennes, 17 juin 1897) (2). Nous ne reviendrons pas sur les autres décisions de jurisprudence déjà citées,

(1) Code civil, livre II, titre III, ch. V, *Des dispositions testamentaires*, Section VII, *Des exécutions testamentaires*.

(2) Cass. Requête, 23 mai 1898, D. VII. I.199 et Sirey, 1898.I.44.

où la nomination, dans un testament, d'un exécuteur appelé à tort légataire universel, se voit confirmée par les tribunaux. Mais nous citerons les cas plus décisifs, où dans le dispositif même du jugement, on vise le testament comme mode de nomination et mode unique, car aucun arrêt ne parle d'une nomination faite par un autre acte public ou privé. Ainsi une décision de la Cour de cassation du 24 janvier 1899 (1) annule l'arrêt qui soumet des exécuteurs testamentaires à des obligations et à des responsabilités « qui ne sont écrites *ni dans le testament, ni dans la loi* » ; de même un arrêt de la Cour de Gand (Belgique) du 4 mars 1899, qui permet au testateur de nommer pour son exécuteur testamentaire le fils de l'un des témoins instrumentaires « dans le testament par acte public qui contient cette dénomination », a été confirmé par la Cour de cassation de Belgique le 7 décembre 1899 (2), dans les termes suivants : « ne constitue pas un legs, dans le sens juridique et usuel du mot, *la disposition testamentaire qui nomme un exécuteur testamentaire, etc...* » On pourrait prendre tous les arrêts intervenus sur notre matière, on y trouverait les mêmes expressions, jamais d'autre acte qu'un testament ; mais nous retrouverons bientôt ces arrêts intéressants pour nous.

Maintenant demandons nous quelle sorte de testament

(1) Ch. civile Cass., 24 janvier 1899, *Revue du Notariat*, année 1899, mai, n° 10256. Cour de Gand (Belgique), 4 mars 1899, *Revue du Notariat*, année 1899, n° 10257, avec notes.

(2) C. de cassation de Belgique, 7 décembre 1899, *Revue du Notariat*, janvier 1900, n° 10407.

est exigée ? La réponse est facile ; si, par tradition et par interprétation du texte et de la pensée de la loi, la doctrine et la jurisprudence exigent la forme testamentaire comme offrant plus de garantie de la sincérité des volontés du mandant, du moins tout acte (1), fait dans cette forme et comme tel valable, est jugé suffisant. Dans tout testament, qu'il soit olographe ou public, ou mystique, tout *codicille* qui même pourrait ne renfermer que cette indication sans autre disposition, pourrait valablement nommer un exécuteur testamentaire ; cependant pour le codicille, il y a quelques divergences (2). Mais il n'est jamais nécessaire que ce [soit par le testament même dont il s'agit d'assurer l'exécution que celui qui reçoit cette mission soit nommé : ce peut être par un testament antérieur, le plus souvent ce sera par le même, parfois par un testament postérieur ou par simple codicille.

Dans tous les cas, le testateur seul peut nommer son exécuteur testamentaire : on ne peut jamais suppléer à son silence, et sauf le cas exceptionnel déjà vu où dans l'intérêt des mineurs la justice nomme un simple surveillant pour permettre l'exécution du testament, les tribunaux sont impuissants à nommer un curateur, la mission avec ses pouvoirs et ses obligations passe de plein droit

(1) Marcadé sur l'article 1025, *Dict. alph.*, n° 4027 : « l'exécution testamentaire modifie, diminue les droits légaux des héritiers *ab intestat* ; or il ne peut être porté atteinte aux droits que la loi leur confère, *que par acte testamentaire.* »

(2) Pour : Zachariæ, t. V, p. 389 et les auteurs cités au Dalloz, J. G. *Disp. entre vifs*, n°s 4027-4028. *Contrà* : Laurent, *Principes de droit civil*, t. XIV, n° 324. — Arntz, t. II, n° 2113.

aux héritiers du sang qui sont les vrais intéressés à la prompté exécution pour entrer en possession.

B. — *Révocation.*

Quant au mode de révocation, par voie de conséquence, il est le même que celui de révocation des testaments ; on ne peut pas exiger plus pour la révocation d'une clause du testament que pour celle du testament tout entier. On applique donc ici les règles posées par le Code civil dans les articles 1035 et 1036 (1) ; la *révocation expresse* se fera par un testament postérieur, quelle qu'en soit la forme, même en la forme olographe la plus simple, si le testament révoqué est authentique (Bordeaux, 5 mai 1879, D. 81.II.144), ou encore par *un acte notarié* dans les formes ordinaires contenant déclaration du changement de volonté. Rappelons brièvement qu'en cas de nullité du testament portant révocation de l'exécution testamentaire, on a soutenu que les legs seuls de ce second testament tombent avec lui pour inobservation de l'une des formalités particulières à ce testament, mais que la révocation subsiste parce que l'acte réunit toutes les conditions requises pour la validité des actes notariés ordinaires ; donc le premier testament serait révoqué, et en même temps l'exécution qu'il contenait. Nous dirons que la révocation doit être liée au sort des dispositions nouvelles que le second testament annulé avait faites ; c'est

(1) Code civil, liv. III, tit. II, ch. V, section VIII, *De la révocation des testaments et de leur caducité.*

agir manifestement en sens contraire de la volonté du testateur que de reconnaître effet à la révocation de l'exécution testamentaire quand le premier testament qu'il s'agit d'exécuter garde son plein effet. Ajoutons que, jusqu'à son décès, le testateur peut rétracter la révocation de tout testament et l'exécution testamentaire y relative : il pourra faire cette rétractation dans la même forme que la révocation, c'est-à-dire par acte notarié ordinaire.

Quant à la *révocation tacite*, elle résulte de l'accomplissement par le testateur de certains actes par lesquels il manifeste clairement sa volonté non exprimée par écrit de détruire ce qu'il a fait, de supprimer l'œuvre de l'exécuteur testamentaire et l'exécuteur lui-même. — 1^o Tandis qu'à Rome, où le testament devait comprendre toute l'hérédité, de deux testaments le plus récent détruisait forcément l'autre, en toutes ses dispositions ; dans notre droit plusieurs testaments s'appliquant à des biens différents peuvent recevoir leur exécution simultanément soit avec un seul, soit avec plusieurs exécuteurs testamentaires agissant de concert, ou chacun pour telle affaire ou tel testament. Dès lors, ne seront révoquées que les dispositions d'un ou de plusieurs testaments antérieurs qui seront *incompatibles* avec celles du dernier testament d'après la règle « *In Testamentis novissimae scripturae praevalent* », d'après l'article 1036 du Code civil (section VIII de notre chapitre). Cette incompatibilité sera *matérielle* si elle est absolue, par exemple,

si le testateur lègue dans le second testament sous condition une chose qu'il a léguée au même purement et simplement dans un premier testament, de même s'il a légué en premier lieu la pleine propriété, en second lieu l'usufruit du même bien, mais non pas s'il a rendu cet usufruit irrévocable *par donation entre vifs* après avoir légué la pleine propriété (1). L'incompatibilité sera *intentionnelle* dans les cas où, bien qu'il fût à la rigueur possible d'exécuter simultanément les dispositions contenues dans les divers testaments laissés par le défunt, les circonstances de la cause ou les termes employés par le testateur démontrent que pour lui la dernière disposition devait seule être exécutée : ce sera d'ailleurs une question de pur fait dont la solution sera laissée à la jurisprudence (2). En dehors de ces modes de révocation, nous ajouterons que l'exécution testamentaire peut être anéantie ; — 2° Soit par l'*aliénation* du vivant du testateur des biens qui font partie de la succession qu'il s'agit de distribuer (si l'aliénation est partielle, l'exécution subsiste pour la partie non aliénée), pourvu que cette aliénation émane du testateur, ce qui exclut l'expropriation pour cause d'utilité publique et même l'expropriation forcée à la suite de laquelle le testateur peut être redevenu propriétaire ; — 3° Soit par la *destruction volontaire du testament* qui contient la nomination de l'exécuteur testamentaire, par le feu, la lacération, la cancel-

(1) Douai, 26 décembre 1882, S. 84.II.114.

(2) Cass., 3 avril 1889, D. 89.I.461.

lation, ou même la rature de l'une des parties essentielles, par exemple, date ou signature (1), pourvu toujours que ces faits émanent de la main même du testateur.

Pour en finir avec ce sujet, nous citerons un cas intéressant de *demande de révocation du testament avant l'entrée en fonctions de l'exécuteur*, que les tribunaux ont écartée ; nous venons de voir que, si le testament dans lequel se trouvait la nomination d'un exécuteur testamentaire est annulé par l'un des moyens énumérés, cette nomination tombe d'elle-même ; mais la provision reste due à un testament, par exemple mystique, quant à l'exécution de ce testament, malgré l'absence d'envoi en possession, si les héritiers du sang, pour déclarer ne pas le reconnaître, se sont bornés à une simple dénégation sans articuler aucun moyen précis de nullité ou d'irrégularité contre sa forme (2) ; (attendu) « que la nécessité » (arrêt de Gand de 1838, aff. Verspeyen) de l'envoi en « possession, qui s'obtient sans l'intervention ou l'appel « des héritiers du sang, ne concerne que le légataire « universel, et ne lui est imposé que comme mesure de « précaution afin qu'il puisse appréhender de fait la succession en vertu du testament ; que dès lors le défaut « de cet envoi ne saurait porter atteinte au reste du testament ni paralyser l'action de l'exécuteur testamentaire, dont les droits sont indépendants et nullement

(1) Cassation, 15 mai 1878, D. 79.I.39.

(2) Dalloz, *Rép.*, t. XVI, *Disp. entre vifs et testam.* ; n° 4034 ; Gand, 8 février 1838, D. *loc. cit.*, sous le n° 429.

« subordonnés à cet envoi... ». Il faut ajouter que la nomination d'un exécuteur testamentaire n'est pas révoquée par un testament postérieur, contenant une institution d'héritier qui a été annulée par exemple, comme entachée de substitution prohibée, alors que les autres dispositions du testament ne renferment ni une révocation expresse ni une révocation tacite résultant d'incompatibilité (1) résultant des articles 1035 et 1036 du Code civil.

§ 2. — Dans quel sens faut-il entendre la gratuité des fonctions de l'exécuteur : de la possibilité de léguer à un exécuteur dans certaines limites ; corrélation entre la libéralité et l'acceptation de ces fonctions.

A. — *Limites dans lesquelles on peut léguer à un exécuteur testamentaire.*

Dans le rapprochement que nous avons fait entre l'exécution testamentaire et le mandat ordinaire, il a été parlé de la gratuité des fonctions de l'exécuteur comme étant de la nature, mais non pas de l'essence du mandat ; bien plus, dans les cas de mandat ordinaire, la règle naturelle consiste, non seulement à indemniser le mandataire de ses déboursés et de ses démarches, mais à le récompenser pécuniairement des soins qu'il a apportés aux intérêts du mandant. Dans quelle mesure cette coutume doit-elle s'appliquer à ce mandat de nature spéciale qu'on appelle exécution testamentaire ? Telle est la question préalable à l'examen de l'acceptation ou du refus de cette charge,

(1) Limoges, 13 mai 1867, D. 67.II.81.

question intimement liée à cet examen, puisque le sort de la libéralité dépendra le plus souvent de l'acceptation ou du refus de l'exécuteur selon que cette libéralité rentrera ou non dans les limites que nous allons préciser le plus possible à l'aide de la jurisprudence et de la doctrine, le législateur étant resté muet sur cette question.

C'est donc un mandat naturellement gratuit, mais *non essentiellement* comme le décidait à tort le tribunal d'Anvers (1), ce que repoussent aujourd'hui et la jurisprudence et l'unanimité des auteurs. Mais avant tout ce n'est pas une libéralité, et cette idée est pleinement mise en lumière par les motifs d'un jugement de la Cour de Gand de 1839 ainsi conçus : « (attendu) Qu'en effet l'exécution testamentaire par elle-même et sans être accompagnée d'aucune disposition gratuite, loin d'être une faveur, un avantage, une libéralité, n'est qu'une *véritable charge*, un service d'ami, un simple *mandat, contrat gratuit de sa nature*, à moins..... qu'un salaire n'ait été promis » ; (2) de là sort nettement avec la nature de notre institution la possibilité d'un salaire modique, et le testateur, surtout par délicatesse pour celui qui accomplit ce service et pour n'en pas faire un ministère salarié, déguise le plus souvent sous forme de don la rémunération qu'il lui alloue, en lui faisant un legs modique connu

(1) Anvers, 10 juillet 1869, *Belg. judic.*, 69, 1414. Dans le sens contraire à ce jugement : Duranton, t. IX, n° 395, *Cours de droit franç.*; Demolombe, *op. cit.*, t. 22, n° 12; Colmet de Santerre, Aubry et Rau, Baudry et Colin, etc.

(2) Gand, 12 avril 1839, aff. Minne contre Dierkens. Dalloz, *Rép.*, V° *Dispos. entre vifs*, n° 335-40.

sous le nom de *diamant*, ou simple souvenir. C'est, dit Demolombe (n^o 12), pour « rétribution de son temps et de ses soins », même si la personne ne peut recevoir par testament, pourvu que cette offrande ne *cache pas un véritable legs*.

Donc, vu la nature du diamant ou salaire qui accompagne l'exécution testamentaire, ceux qui sont incapables de recevoir un legs du testateur peuvent être par lui choisis comme exécuteurs testamentaires, comme nous le verrons quand nous traiterons de la capacité exigée, notamment l'un des témoins du testament par acte public, ou encore le notaire dépositaire du testament olographe désigné par ordonnance du président du tribunal en vertu de l'article 1007 du Code civil (1) et surtout le notaire rédacteur du testament (2), cas le plus fréquent de tous (3), sans que l'article 975 du Code civil, ni l'article 10 de la loi du 25 ventôse an XI s'y opposent, sous la condition sous-entendue qu'il ne leur sera fait aucun legs. D'une part en effet, la nomination d'exécuteur testamentaire ne peut conférer la capacité de recevoir le legs à celui qui en serait incapable ; d'autre part, le legs fait à un témoin du testament par acte public ou au notaire rédacteur du testament authentique, n'en entraînerait pas moins la nullité du testament, lors même que le témoin ou le notaire auquel le legs a été fait, aurait été nommé exécu-

(1) De Belleyme, *Référés*, t. I, p. 356 et II, 252.

(2) Cass., 4 juin 1883, D. 84.I.51 ; S. 84.I.233.

(3) Paris, 5 février 1833, S. 33.II.178.

teur testamentaire. Pour nous résumer, l'exécuteur testamentaire peut recevoir un salaire, mais la désignation d'un exécuteur incapable de recevoir un legs, même modique, ne le rend pas capable de le recevoir.

On a même répondu, qu'en dehors d'un legs véritable qui, par son importance, ne saurait être considéré comme une simple rémunération, il faudrait même écarter un legs ayant le caractère de simple honoraire ; car, la qualité d'exécuteur ne donnant droit à aucune récompense, ce qui lui est alloué ne peut être considéré que comme un legs (1) ; et Demolombe donne la juste raison de cette solution ; pour lui, si l'on s'écarte de cette règle par la raison que l'objet du legs serait plus ou moins modique, on entre dans la voie de l'arbitraire (2). Mais la jurisprudence actuelle repousse ces restrictions en déclarant que, si la prudence commande d'éviter d'insérer dans les testaments authentiques des clauses pouvant être interprétées dans le sens de dispositions en faveur du notaire rédacteur, des témoins instrumentaires, du moins on ne saurait appliquer la qualité de légataire à l'exécuteur testamentaire à qui l'on a alloué un salaire pour rétribution de son mandat ; la difficulté de fait sera de savoir si la rémunération peut être considérée comme modique. Mais les héritiers ou légataires n'en sont pas moins protégés par le droit de contester la créance d'honoraires dont l'exécuteur devra justifier (Voir l'arrêt de cassation pré-

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. 22, n° 19.

(2) Douai, 15 janvier 1834, S. 34, II. 115. 193.

cité du 4 juin 1883 et un arrêt de requête du 8 novembre 1886). Dans l'arrêt de 1883, la Cour suprême décide que la *désignation d'un notaire* comme exécuteur testamentaire *sans rémunération* attachée à cette charge par le testament ne constitue pas un avantage gratuit, non plus que le soin de liquider la succession, et que ni l'un ni l'autre de ces objets ne l'empêchent de confectionner le testament. Et le tribunal de Beauvais, soutenu par la Cour d'Amiens (1), a récemment précisé la situation de l'avoué (il en serait de même par analogie du notaire) désigné comme exécuteur testamentaire par un de ses amis : « Si, en principe, dit le dispositif, le mandat d'exécuteur testamentaire est gratuit (C. civ., art. 1986), il en est autrement lorsqu'un avoué en a été chargé et qu'il doit être réputé, dans son accomplissement, exercer sa profession plutôt que faire acte d'ami. » En effet, il est de doctrine et de jurisprudence certaines que lorsqu'un mandat a été confié à une personne en considération des fonctions qu'elle exerce, par exemple à un notaire ou avoué, le mandat doit être réputé non gratuit, même en l'absence de toute stipulation formelle sur ce point ; le testateur, sans allouer expressément des honoraires à son exécuteur, a entendu néanmoins lui demander autre chose qu'un service d'ami vu sa qualité et a voulu le rétribuer de ses soins.

La jurisprudence belge s'est récemment prononcée

(1) Trib. civ. Beauvais, 30 décembre 1897 ; Cour d'Amiens, 26 janvier 1899, *Revue du notariat*, n° 10258.

dans un sens analogue : à propos de la nomination du fils d'un des témoins instrumentaires dans le testament par acte public qui contient cette nomination, la Cour de Gand (1) a déclaré le testament valable « encore bien « que le testateur donne à cet exécuteur testamentaire « une certaine somme à titre de salaire, une telle disposition ne pouvant constituer un legs que s'il est établi « que, soit à cause du taux *exagéré* du salaire fixé, soit « à cause de toute autre circonstance analogue, elle est « purement fictive et renferme une libéralité déguisée (C. « civ., 975, 1022, 1986) ». Elle résout *a fortiori* une autre question où l'interprétation n'est même plus discutable et s'impose, c'est « lorsque le testateur s'abstient « d'indiquer le chiffre du salaire et laisse aux *tribunaux* « le soin d'en arbitrer le montant » ; alors la question sera résolue par la décision immédiate des juges. D'ailleurs la Cour de cassation de Belgique est venue confirmer purement et simplement la décision de la Cour de Gand par arrêt en date du 7 décembre 1899 (Rogman c. Rogman) (1).

Déjà Pothier, au n° 211 (t. VIII *des Donations*), déclarait que le testateur peut toujours faire un présent modique pour le récompenser même s'il ne lui est pas permis de rien lui laisser par testament. Et à sa suite la grande majorité des auteurs a permis au testateur recon-

(1) Renvoi double : C. de Gand (Belgique), 4 mars 1899, *Rev. du Notariat*, n° 10257 et C. de cass. de Belgique, 7 décembre 1899, *Rev. du Notariat*, janvier 1900, n° 10407.

naissant de gratifier d'un présent modique la personne par lui chargée de l'exécution des dernières volontés, sauf toutefois le notaire rédacteur qui n'aurait droit qu'aux honoraires de sa fonction, comme nous l'a montré plus haut la jurisprudence récente.

Donc le mandat d'exécuteur testamentaire est gratuit de sa nature, sauf s'il a été expressément accordé un salaire par le testateur, ou si la rémunération tient à la profession du mandataire (Voir à ce sujet Dalloz, *Jurisp. générale. Dispositions entre vifs et test.*, nos 4029, 4114 et 4119). Comme conséquence immédiate, nous en avons déduit que la personne incapable de recevoir un legs, non seulement peut être nommée exécuteur testamentaire, comme nous le verrons en parlant de la capacité exigée, mais peut aussi recevoir une somme modique ou diamant à titre de rémunération : citons par exemple le tuteur (1) qui peut être nommé par son pupille, l'enfant naturel rempli de ses droits par ses père et mère (2), la personne ayant soigné ou assisté le testateur pendant sa dernière maladie, le second conjoint qui a reçu le maximum, et ce que nous avons étudié comme se présentant le plus souvent en pratique : l'un des témoins ou le parent d'un des témoins du testament authentique, ou le notaire qui l'a reçu (art. 975, C. civ. et art. 8 de la loi de ventôse an XI) (3).

(1) Malgré l'évidence de la force que se donnent ces deux missions, il y a eu jugement, Paris, 15 messidor an XII.

(2) Pau, 24 août 1825, Devil., *Coll. nouvelle*, VIII, 2, 134.

(3) Cass. req., 4 juin 1883, D. 84.I.151.

Bien plus il n'y a *pas incompatibilité entre la charge d'exécuteur testamentaire et la qualité d'héritier ou de légataire universel*, mais il y a nullité de la nomination d'un légataire universel s'il reçoit la moindre rémunération spécialement affectée à la fonction qu'il doit remplir (Aubry et Rau, t. VII, p. 448, § 711 ; Demolombe, t. XXII, n° 9, p. 7 ; (Dijon (1), etc.) ; Toullier, t. IV, n° 579 ; Bayle-Mouillard, t. III, n° 333, note b ; Troplong, t. IV, n° 2011 ; Laurent, t. XIV, n° 328). D'ailleurs l'héritier doit refuser le mandat s'il a l'intention d'attaquer le testament à exécuter, ou bien il doit faire ses réserves expresses s'il veut en combattre certaines clauses. Ceci nous amène tout naturellement à parler de l'acceptation ou du refus possible de ce mandat, et des effets de cette acceptation ou de ce refus sur les libéralités qui peuvent accompagner la nomination.

B. — *Acceptation ou refus du mandat d'exécuteur ; corrélation entre cette acceptation ou ce refus et la libéralité qui accompagne la nomination.*

Les obligations et les pouvoirs ne commencent pour l'exécuteur testamentaire que du jour de l'acceptation expresse ou tacite qu'il a faite de la mission dont l'a investi le testateur ; l'acceptation sera expresse si l'exécuteur a déclaré accepter sa mission, par un acte écrit authentique ou sous seing privé ou par lettre adressée au

(1) Cass., 30 novembre 1869, S. 70.I.119 ; Dijon, 2 avril, 1874, S. 74.II.253 ; Orléans, 4 juillet 1885, D. 86.II.195.

testateur ; l'acceptation sera tacite, si cette volonté d'accepter résulte clairement d'actes accomplis par le mandataire en vue de la mission à laquelle il a été nommé, par exemple, s'il fait apposer les scellés, requiert inventaire ou vend les meubles de la succession. Sur la nature de cette acceptation tous les auteurs ou à peu près tous sont du même avis (1) : la nomination n'impose pas à celui qu'elle vise l'obligation d'accepter, le mandat est volontaire ; quand une loi spéciale ne force pas à l'accepter, comme elle le fait pour la tutelle, on peut refuser la charge d'exécuteur testamentaire, même sans donner de motifs. Nous avons vu qu'en cas de refus d'accepter la mission, c'est aux héritiers du sang que passent les droits et obligations de l'exécuteur testamentaire, mais ils ne vont *jamais à un mandataire de justice* ; c'est contre les héritiers que doit être dirigée l'action en exécution du testament, non contre un curateur nommé par les tribunaux (2). Toutefois, avons-nous ajouté, il a été jugé que le ministère public pouvait conclure à la désignation d'une autre personne chargée de remplacer l'exécuteur au cas d'existence de mineurs ; par exemple, c'est un surveillant spécial chargé de contrôler la liquidation de la succession pour assurer au mineur légataire le bénéfice des prescriptions du testament qui, dans le cas jugé, enlevait au père non seulement la jouissance,

(1) Laurent, t. XIV, n° 330, *op. cit.* ; Demolombe, t. XXII, *Donations*, t. V, n° 22.

(2) Caen, 13 janvier 1823, aff. Josse, Dalloz, *Rép.*, t. XVI, *Disp. entre vifs et testam.*, n° 3752.

mais encore l'administration des biens légués à son fils mineur ; dans cette hypothèse il a été dans l'intention du testateur qu'il fût pourvu aux mesures prescrites dans l'intérêt du mineur tant que l'administration des biens de ce dernier appartiendrait à son père, en dehors de toute considération de personne quant à l'existence ou à l'acceptation de l'exécution testamentaire (1).

L'acceptation est d'ailleurs irrévocable, sauf le cas de démission volontaire prévue par le Code, pour cause postérieure grave (préjudice sérieux de l'article 2007) (2), sauf encore un des cas de révocation de la nomination que nous avons vu plus haut, auxquels on peut ajouter le cas spécial de nullité du testament pour legs incertain en présence d'une clause chargeant un tiers d'employer la fortune du testateur en bonnes œuvres sans préciser, non comme légataire, mais comme simple exécuteur (3).

Le refus de la mission d'exécuteur testamentaire est également possible, sans invoquer de motifs, sauf toutefois si la personne nommée n'a pu accepter le legs à elle fait, qu'à la condition d'accepter aussi la charge ; la mission et la libéralité ne sont pas dans ce cas, indépendantes l'une de l'autre (4). Alors se pose la question plus

(1) Cass., 3 juin 1872, D. 72.I.241.

(2) Colmet de Santerre après Demante, t. IV, n° 170 bis, II ; Aubry et Rau, t. VII, § 711, p. 448 ; Demolombe, t. XXII, n° 8 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, t. II, n°s 2589 et 2590, p. 286.— *Contra*, Laurent, t. XIV, n° 330.

(3) Liège, 21 décembre 1882, S. 85.IV.23 et Dijon, 1^{er} juin 1883, S. 85.II.175.

(4) D., *J. G.*, *Disp. entre vifs et test.*, n°s 4030 et 4033 ; requête, 26 mai 1829, D., *J. G.*, n° 4056 ; Caen, 13 janvier 1823, D., *J. G.*, n°s 3752 et 4033.

générale ; la seule acceptation de la libéralité entraîne-t-elle acceptation de la charge d'exécuteur testamentaire, ou le refus de la libéralité, le refus de cette charge ? En dehors du cas certain que nous venons de citer, où le testateur usant de son droit ne laisse certains biens comme présent ou legs à l'exécuteur, que sous la condition expresse de l'acceptation des fonctions et de l'exécution du testament, il y a doute.

De la corrélation à établir entre l'exécution testamentaire et la libéralité qui l'accompagne : nous supposons que le testament est muet, et que le testateur a fait le legs et la nomination, sans entrer dans l'application de ses volontés ; dans ce cas, le légataire ne peut-il recevoir le legs s'il refuse les fonctions d'exécuteur testamentaire ? Y a-t-il indépendance absolue ou corrélation ? Il y a là une pure question de fait et d'interprétation des intentions probables du testateur, dont les juges du fond seront souverains appréciateurs, suivant les circonstances de la cause, et le plus ou moins d'importance de la libéralité. En tous cas, la question est fort controversée ; voyons les principales opinions émises.

1° Au cas de doute quelques auteurs déclarent la corrélation absolue, *le legs présumé fait à cause de la charge* ; comme dans le cas où le testateur s'est prononcé, le legs et la charge étant intimement liés, l'exécuteur ne pourrait accepter et réciproquement refuser l'un sans l'autre (1) ;

(1) Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. II, p. 371 notes. Bayle Mouillard sur Grenier, t. III, n° 327, note C.

2° Pour quelques autres, dans tous les cas on pourrait, ce qui est trop absolu, accepter le legs et refuser le mandat (1) ;

3° Mais déjà Furgole, sous le numéro 30 de son traité pensait que, si d'une part l'indépendance n'était pas forcément absolue, de l'autre le refus du mandat ne devait entraîner la perte du legs que si ce legs avait été fait en considération de la charge, question d'appréciation d'intention laissée aux juges. Ainsi, par arrêt de 1834, la Cour de Liège (2) admit la validité du legs fait en témoignage d'amitié par le testateur à son exécuteur testamentaire, bien que celui-ci ait ensuite encouru la révocation pour un fait qui avait compromis son honneur et sa délicatesse, et les juges se basèrent sur ce que cette personne n'était pas indigne lors de la confection du testament ni lors du décès, seules époques où la volonté du testateur pouvait être interprétée. C'était aller un peu loin.

4° Enfin un système mixte est celui contenu dans la théorie de Demolombe (3) et de MM. Aubry et Rau (4), qui proposent une distinction très juste entre le cas où il s'agit d'un legs véritable assez important pour ne pas être considéré comme une rémunération de la charge, et le cas où c'est un présent fait par le testateur à son mandataire en considération des fonctions spéciales qu'il

(1) Ricard, part. 3, n° 236.

(2) Liège, 11 février 1834, D., *Rép., Dispos. entre vifs et testam.*, n° 4303, N. C. affaire Bormans.

(3) Demolombe, *op. cit.*, t. XXII, nos 14 et 15.

(4) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VII, § 711, p. 449, note.

lui a confiées. C'est d'ailleurs l'idée que nous émettions en quelques mots lors de la position de la question qui nous occupe : appréciation souveraine du juge, interprétation des intentions du testateur, importance de la libéralité. — D'après cette théorie, la présomption est « que le testateur n'a pas entendu faire dépendre le sort du legs de l'acceptation de la charge (arg. de l'art. 1023) » ; dans cet article en effet qui précède de bien peu notre article 1025, le Code décide que « le legs fait au créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique en compensation de ses gages » ; de même ici, le legs fait à l'exécuteur ne serait pas censé fait en rémunération de ses services. De là deux hypothèses : 1^{re} *hypothèse* : la règle est l'indépendance du legs et de la charge, admise comme « présomption si simple d'ailleurs et susceptible d'être combattue par la preuve d'une intention contraire, qui pourrait résulter des termes du testament et des circonstances, » dit Demolombe ». 2^e *hypothèse* : si la libéralité a le caractère de rémunération ou salaire, il y a un lien indiscutable entre les deux choses ; si le testateur avait pu prévoir le refus de l'exécuteur qu'il a désigné, il n'aurait pas inséré dans son testament un legs à lui destiné ; dès lors, si l'exécuteur refuse la charge ou accepte le legs, il sera privé du présent et legs, ou tenu d'accepter la charge.

Demolombe prévoit ensuite et résout deux cas spéciaux : — 1^o d'une part la nomination comme exécuteur

testamentaire d'un *mineur* que nous verrons incapable de remplir cette fonction : ici nous appliquerons la règle de l'article 900 du Code civil : « Dans toute disposition « entre vifs ou testamentaire, les conditions qui seront « contraires aux lois... seront réputées non écrites » Donc, si le testateur a fait un legs au mineur incapable en le nommant son exécuteur, le legs sera valable, abstraction faite de la connaissance ou de l'ignorance du testateur quant à l'incapacité de celui qu'il nommait et dont la nomination tombe comme contraire aux lois et inexistante. Cependant le legs ne pourrait être recueilli par le mineur s'il était *manifestement* dans l'intention du testateur un simple salaire indissoluble de l'exécution du testament, ou bien si le testateur n'avait choisi le mineur comme exécuteur de ses volontés que dans l'espoir qu'il serait à l'époque de son décès sorti de la minorité et pleinement capable de remplir ces fonctions s'il acceptait le legs à lui fait. — 2° Le second cas, à qui nous appliquons exactement les mêmes idées, à la suite de Demolombe, est celui de la *femme mariée* qui est à la fois légataire et exécutrice testamentaire, mais qui est également incapable en vertu de l'article 1029 à notre section, pour n'avoir pu obtenir le consentement de son mari afin de pouvoir accepter d'être exécutrice.

Nous avons vu plus haut qu'à cause des dispositions formelles de l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI le notaire rédacteur du testament ne peut recevoir aucune autre rémunération, si minime fût-elle, soit en objet mo-

bilier corporel, soit en somme d'argent, que la rétribution qui lui est due d'après la loi en raison de l'exercice de sa profession (1). D'après Demolombe qui hésite, le notaire pourrait recevoir un diamant, et à plus forte raison ce serait possible malgré l'article 975 pour l'un des témoins du testament ou ses parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement. Nous avons vu longuement que pour les tribunaux la règle est la recherche de l'intention du testateur ; ils admettent très bien une rémunération aux proches de l'un des témoins nommé exécuteur, ils n'admettraient pas un legs ; c'est une question de pur fait, que l'on ne peut résoudre que d'après chaque hypothèse, et le doute de Demolombe, qui ne prend pas un parti absolu, se comprend très bien. La parole est à la jurisprudence qui jusqu'ici n'en a pas mésusé, nous en avons cité des exemples (2), à propos de la gratuité de notre mandat. Si la disposition est faite à un proche de la personne nommée exécuteur testamentaire, elle est valable dans tous les cas (3).

C. — *De la transmission de ces fonctions.*

Pour en terminer avec les questions qui touchent à l'acceptation de la mission d'exécuteur testamentaire, nous dirons qu'au cas de refus ou de révocation de la personne désignée ses fonctions sont transmises de plein

(1) Douai, 15 janvier 1834, S. 34.II.115 ; Cass., arrêt précité, 4 juin 1883, D. 84.I.51.

(2) Paris, 5 février 1833, D., V^o *Disp. entre vifs et test.*, n^o 385.

(3) Demolombe, n^o 19 *bis*.

droit aux héritiers institués ou *ab intestat* ou à défaut aux légataires universels. A ce propos, la nature rémunératoire et spéciale du legs modique, toléré au testateur en faveur de son exécuteur, a permis de décider la révocation du mandat de l'exécuteur s'il gênait les droits de jouissance et de propriété des héritiers ou légataires, sauf aux tribunaux à apprécier s'il lui est dû un salaire d'après les intentions du testateur (1). Car à défaut de tout lien de droit entre l'exécuteur testamentaire et les héritiers naturels ou institués du défunt, la présence du premier ne saurait directement ni indirectement entraver ou limiter les droits des seconds, quant à l'exercice de la possession, à la jouissance, à la perception des revenus, si ce n'est dans les délais et aux conditions établis par la loi et sanctionnés par la jurisprudence qui, en respectant les droits des héritiers, tend toutefois à élargir les pouvoirs que peut conférer le testateur à son exécuteur testamentaire.

En effet, la loi ayant autorisé le testateur à nommer un exécuteur testamentaire pour assurer l'exacte exécution de ses dernières volontés, lui a par là même implicitement donné la faculté de conférer à ce mandataire tous les pouvoirs nécessaires à la réalisation de son mandat. Mais, de même qu'il a été jugé par la Cour de cassation (2) [qui annulait un arrêt de la Cour d'Aix du

(1) Gand, 23 février 1870, *Pasic.*, 70.II.224 ; Troplong, *Donations et testaments*, n° 2005 ; Aubry et Rau, t. VII, § 711, p. 453 ; Demolombe, t. XXII, n° 69.

(2) Cass., 24 janvier 1899, *Revue du Notariat*, n° 10256, mai 1899 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 450.

8 décembre 1896 en violation de l'article 1031] que la nomination faite par le testateur, sans fixation des obligations de l'exécuteur dans le testament, conduit à ne lui appliquer que les obligations dérivant normalement de l'article 1031, de même il a été jugé que les pouvoirs conférés par le testateur qui n'a pas gardé le silence ne peuvent entraver que momentanément la jouissance des héritiers naturels ou institués. Si, dans l'arrêt cassé, on eut tort, dans le silence du testament, de vouloir obliger l'exécuteur à surveiller les remplois de valeurs imposés à certains mandataires, ce serait demander à l'exécuteur d'excéder aussi les limites de son mandat que de lui permettre, s'il n'a pas la saisine, d'obtenir au nom du *de cuius* la conversion en titres au porteur de titres nominatifs dépendant de la succession ; au contraire cette conversion est parfaitement possible au nom des héritiers et avec leur concours (1). En un mot la désignation d'un exécuteur testamentaire ne prive pas le copartageant du droit d'administrer les immeubles et de disposer des fermages et revenus.

A part cette transmission naturelle aux héritiers de pouvoirs que le testateur avait confiés provisoirement à un autre qu'eux lequel les refuse en n'acceptant pas la mission, il n'y a pas d'autre transmission des fonctions d'exécuteur testamentaire, ce dernier ayant été choisi par le défunt pour remplir un véritable office d'ami, on

(1) Paris, 26 juin 1878, D. 79.II.100, et Pau, 2 juin 1895, S. 97.II.311.

admet généralement qu'il ne peut se substituer quelqu'un que dans le cas où le testateur le lui aurait expressément permis, pour cette raison que le *testateur seul* a le pouvoir de désigner des exécuteurs testamentaires. Nous avons vu que les tribunaux eux-mêmes ne pouvaient suppléer au silence du testateur sauf au cas exceptionnel où l'intérêt de mineurs est en jeu. Pour les mêmes raisons, parce que l'exécution est une charge essentiellement personnelle, « les pouvoirs de l'exécuteur ne passeront point à ses héritiers », dit l'article 1032, ils sont par essence intransmissibles.

Toutefois un exécuteur testamentaire peut accomplir par un *fondé de procuration spéciale* les fonctions à lui conférées et lui faire remplir tous les devoirs que lui impose le testament, même au cas où le testateur aurait nommé un second exécuteur à défaut du premier (1); et le second exécuteur serait mal fondé à venir réclamer les libertés accordées au premier exécuteur et dont celui-ci devait profiter après l'accomplissement de toutes les charges de la succession, même par le fondé de pouvoir, sur lequel *il garde* un droit absolu de surveillance.

§ 3. — Cas de pluralité d'exécuteurs testamentaires ; hypothèses possibles ; solidarité très limitée.

D'après l'article 1025, « le testateur pourra nommer (un ou) plusieurs exécuteurs testamentaires » ; il est donc

(1) Cass. req., 26 mai 1829, D. J. G., *loc. cit.*, n° 4056, Dev. C. N. IX, 1298 ; Aubry et Rau, t. VII, § 711, 2^e p. 449, 4^e édit., n° 12.

libre d'en nommer plusieurs, soit par le même testament, soit par des testaments différents, sans que le dernier testament ou le codicille qui nomme de nouveaux exécuteurs révoque les précédentes nominations, sauf s'il y a révocation expresse ou révocation tacite résultant d'incompatibilité ainsi que nous l'avons vu ci-dessus ; le premier exemple de cette règle se trouve chez Beaumanoir (1) et l'une des premières applications de cette révocation postérieure dans un codicille du testament de Béraud VII seigneur de Mercueur (2). On peut citer à l'appui un arrêt de la Cour de Limoges décidant qu'en l'absence de révocation expresse ou tacite, la nomination d'un exécuteur testamentaire n'est pas révoquée par un testament postérieur contenant une institution d'héritier annulée depuis (3).

De même, le testateur a la pleine liberté de révoquer tout ou partie des pouvoirs qu'il avait confiés précédemment à ses exécuteurs testamentaires ou à l'un d'eux ; il a aussi la faculté de restreindre le mandat de chacun à certains objets limitativement déterminés ou à des missions spéciales, ou encore de le soumettre à certaines conditions (4) ; et le mandataire doit se renfermer dans les limites de sa commission (5).

On cite habituellement comme spécimen de la spécifi-

(1) Beaumanoir, cap. XIII, n° 43.

(2) Baluze, *Histoire générale de la maison d'Auvergne*, t. II, p. 339.

(3) Limoges, 13 mai 1867, D. 67.2.81.

(4) Furgole, n° 16 ; Demolombe, *loc. cit.*, n° 34.

(5) Cass., 26 janvier 1886, S. 87.1.214.

cation des fonctions des exécuteurs testamentaires le testament de Napoléon et les divers états et codicilles qu'il y joignit : dans ce testament écrit de sa main, le 15 avril 1821, il désigne trois exécuteurs, les comtes Montholon et Bertrand et son premier valet de chambre Marchand, et chacun d'eux reçoit diverses fonctions spéciales que lui seul devra accomplir (1). En tous cas, le disposant ne peut leur donner de pouvoirs plus étendus que ceux de la loi : il a ainsi été jugé que le testateur ne pouvait permettre à son mandataire de liquider la succession, question aujourd'hui fort débattue et qui reviendra plus loin (2).

En résumé, il faut toujours examiner, dans le cas où les exécuteurs testamentaires sont nommés par des testaments distincts, si, en désignant de nouveaux mandataires de ses dernières volontés, le testateur n'a point entendu révoquer ceux précédemment choisis. Comme le font très justement remarquer MM. Baudry-Lacantinerie et Colin (p. 324 à 328), à défaut de déclaration expresse de volonté, c'est une question de fait à résoudre par les juges, mais toujours d'après les règles qui régissent les révocations tacites.

Une hypothèse spéciale se présente : le testateur, en nommant plusieurs exécuteurs testamentaires leur a *légué conjointement une somme à partager* entre eux pour rémunération de leurs soins ; en cas de refus du mandat

(1) *Correspondance de Napoléon I^{er}*, t. XXXII ; *Testament*, pp. 585, 586, 596 et 597.

(2) Bruxelles, 25 février 1818, *D. Rép., Disp. entre vifs et test.*, sous les nos 4025 et 4102.

par l'un d'eux, nous dirons aujourd'hui avec Demolombe (n° 18), comme on le décidait déjà dans l'ancien droit, que la part du refusant accroît aux acceptants, et qu'il y a solidarité de vocation entre ces légataires, d'après les articles 1044 et 1045 du Code civil, même au cas où les fonctions ont été bien divisées, à moins d'ailleurs que l'interprétation du testament ne fit connaître une volonté contraire chez le testateur. Ceci nous amène à parler de la division des fonctions, prévue par l'article 1033, seul texte de notre section relatif à la pluralité d'exécuteurs testamentaires, ainsi conçu :

« S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient
 « accepté, un seul pourra agir au défaut des autres ; et
 « ils seront solidairement responsables du *compte du*
 « *mobilier* qui leur a été confié, à moins que le testateur
 « n'ait divisé leurs fonctions, et que chacun d'eux ne se
 « soit renfermé dans celle qui lui était attribuée (C. civ.,
 « 1200 et 1995). »

Tout d'abord, ce texte renvoie à la règle générale, en matière de mandat contenue en l'article 1995, qui dit ceci : « Quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou
 « mandataires établis par le même acte, il n'y a de soli-
 « darité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée. » Nous verrons combien ce texte nous sera utile pour expliquer notre article au point de vue de la responsabilité de chacun. Mais intervient aussi l'article 1200 du Code civil qui établit la solidarité entre les débiteurs, « lorsqu'ils
 « sont obligés à une même chose, de manière que chacun

« puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier ». Faut-il par analogie, et en considérant les exécuteurs acceptants comme solidairement obligés envers le testateur à l'exécution de son testament, appliquer les mêmes solutions ? Ici intervient la distinction de deux hypothèses.

1^{er} CAS. — *Le testateur a divisé les fonctions de ses exécuteurs* : chacun des exécuteurs testamentaires agit dans les limites à lui fixées, et dans ces limites les autres ne peuvent agir en son lieu et place ; nous dirons dans ce cas que, par application du dernier paragraphe de l'article 1033, celui qui s'est « renfermé » dans les fonctions à lui attribuées n'est donc tenu et responsable que de ses actes de gestion et du mobilier qu'il a eu entre les mains. Aucun rapport nécessaire, aucune solidarité ne se sont établis avec les autres, donc aucune responsabilité réciproque, sauf dans le cas où il viendrait à sortir de ses fonctions ; alors l'étendue de sa responsabilité est exactement déterminée par celle de ses empiètements (1).

2^e CAS. — *Si le testateur n'a pas divisé les fonctions de ses exécuteurs testamentaires*, il y a de graves dissentiments dans la doctrine.

a) *Opinion de Delvincourt et Duranton*. — Un point à peu près certain, c'est que l'efficacité du mandat qu'il leur donne conjointement n'est nullement subordon-

(1) Bastia, 13 mars 1873, D. 76. I. 123.

née à l'acceptation de tous : la presque unanimité des auteurs admet que, lorsque tous n'ont pas accepté, celui ou ceux qui ont accepté peuvent agir en exécution du testament (1). Cependant certains auteurs sont venus prétendre (2) que, si un seul des exécuteurs testamentaires refusait d'accepter la charge que lui confiait le testateur, les autres se trouvaient désormais dans l'impossibilité de remplir leurs fonctions. En effet, dit-on, le testateur a donné, non pas plusieurs mandats mais un seul qui doit être rempli suivant les intentions du disposant, ou rester sans effet. De plus les personnes choisies se complétaient l'une l'autre dans la pensée de leur mandant, soit à raison des capacités de l'un, soit à cause de l'honorabilité de l'autre ou de la fortune d'un troisième ; or le refus de l'un vient, non seulement rendre l'accomplissement des volontés du mort moins certain, mais aussi diminuer notablement les garanties que les héritiers et les légataires doivent trouver dans la solidarité de tous les exécuteurs.

Cette opinion est inadmissible, même si on n'exige l'acceptation de tous que dans le cas où chacun n'a pas « un mandat spécial » inclus dans le mandat général, restriction de Duranton à la théorie de Delvincourt. Nous dirons d'abord que l'article 1033 (sa place l'indique) n'a

(1) Vazeille, *Traité sur les successions, don. et test.*, sur l'art. 1033, n° 1 ; Huc, VI, n° 365 ; Troplong, IV, n° 2043 ; Demolombe, t. XXII, n° 37 ; Laurent, t. XIV, n° 379 ; Aubry et Rau, t. VII, § 711, p. 458.

(2) Delvincourt, *Code civil*, t. II, p. 96, note 6 ; Duranton, *Cours de Droit français*, t. IX, n° 423, et 95, note 7.

pas pour but de régler la nomination des exécuteurs testamentaires, ce serait faire double emploi avec l'article 1025. Il ne s'occupe pas davantage des conséquences du refus de l'un d'eux ; mais de la question de savoir si un seul des mandataires pourra agir à défaut de ses comandataires, non pas « si tous ont accepté », mais bien « quoique tous aient accepté ». Ce qu'il décide uniquement, c'est qu'un seul pourra agir au défaut des autres qui ont accepté. Pourquoi vouloir que le testateur ait eu l'intention que tous acceptent pour pouvoir agir ? D'abord l'acceptation exigée de tous est peu probable ; ensuite ce serait contraire à ses intentions : ce serait soumettre la validité des dispositions testamentaires au caprice d'une seule personne, dont le mauvais vouloir suffirait pour détruire toutes les précautions prises pour assurer l'exécution du testament. Donc il est admis aujourd'hui qu'un seul pourra agir au défaut des autres, et même malgré leur opposition : par exemple, la vente par l'un des exécuteurs seul est valable, il n'y a pas obligation pour eux d'agir collectivement (1) ; l'action d'un seul *in solidum* était déjà admise dans l'ancien droit, ainsi que nous l'apprend Furgole.

b) *Opinion générale.* — Notre théorie qui est la théorie générale, serait inadmissible si la solidarité de l'article 1033 s'étendait, par analogie avec l'article 1200, à

(1) Furgole, n° 44 ; Demolombe, *loc. cit.*, n° 37 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 458, note 49 ; Bastia, 13 mars 1873, déjà cité ; Colmet de Santerre après Demante, t. IV, n° 178 *bis*, *Cours analytique de Droit civil*.

tous les actes faits par l'un des exécuteurs testamentaires. Mais, comme cette solidarité ne doit s'étendre d'après les termes mêmes de notre texte qu'*au compte du mobilier* qui leur a été confié », c'est seulement pour les actes qui impliquent l'emploi du mobilier que nous admettons que, si l'un des exécuteurs peut agir au défaut des autres, il ne saurait agir malgré l'opposition des autres (1). Étendre en tous cas la solidarité à tous les faits de gestion par un simple argument d'analogie avec l'article 1200, serait apporter une grave et peu rationnelle dérogation à l'article 1995 du Code civil et aux règles ordinaires applicables à tout mandat, même au nôtre. Marcadé, au tome IV de son explication théorique et pratique du Code civil, dit bien sur l'article 1033, n° 1 : « par exception à l'article 1995 qui n'admet la solidarité « entre plusieurs mandataires qu'autant qu'elle est formellement exprimée par le mandat », mais il ajoute : « La solidarité n'est établie au surplus que pour le compte « du mobilier confié aux exécuteurs, elle n'aurait pas « lieu (à moins d'une clause formelle dans le testament) « pour les dommages-intérêts qu'ils pourraient devoir « pour d'autres objets, ni contre les exécuteurs à qui l'on « n'aurait pas donné la saisine ». Son exception n'en est plus une, puisqu'il n'établit la solidarité que dans les cas où elle a été exprimée.

Nous appliquerons donc l'article 1033 en ce qui con-

(1) Huc, *loc. cit.*, t. VI, n° 365. *Contra*, Coin, Delisle sur l'article 1033, n° 1.

cerne le compte solidaire résultant de la détention et de la vente du mobilier, mais non pas aux autres actes de gestion. Appliquer la solidarité à autre chose serait oublier la règle de l'article 1202 du Code civil aux termes duquel « la solidarité ne se présume pas ; il faut qu'elle « soit expressément stipulée », elle ne s'étend donc pas d'un objet à un autre (1). Deux raisons expliquent la solidarité spéciale exprimée par la loi, à défaut du testament, pour le maniement du mobilier : les exécuteurs sont dans ce cas nantis d'un dépôt ; ensuite la volonté des mourants doit voir son exécution assurée par une plus forte responsabilité.

Ce n'est pas de la gestion proprement dite des affaires à eux confiées par le mourant que les exécuteurs sont solidairement responsables, c'est seulement du compte du mobilier, c'est-à-dire qu'ils doivent rendre compte aux héritiers de l'emploi qu'ils ont fait du mobilier ou de son prix s'il a été vendu, et restituer ce qui reste des objets ou de leur prix. L'un des exécuteurs est-il disparu, emportant une partie des valeurs mobilières ? Les autres ne seront nullement tenus de les rembourser de leurs propres deniers, mais il faudra qu'ils prouvent que le détournement a été commis par l'un d'eux ; une fois cette preuve faite, il leur suffira de porter en compte cette valeur per-

(1) Bayle Mouillard sur Grenier, *Traité des donations et testaments*, t. III, n° 329, note 3 ; Troplong, *Donations et testaments*, t. IV, n° 2041 ; Demolombe, t. XXII, n° 39 ; Laurent, t. XIV, n° 380.

due sans aucun fait qui leur soit imputable, à moins qu'on ne puisse établir leur connivence avec le voleur.

Si les exécuteurs se trouvaient responsables les uns de la faute et des détournements des autres, on serait en contradiction avec l'article 1033 lui-même qui déclare que chacun des exécuteurs n'est responsable que de ses fautes, si le testament n'en a pas décidé autrement et s'il s'agit d'autre chose que du compte du mobilier. Et encore cette responsabilité solidaire limitée à la présentation d'un compte exact suppose toujours des exécuteurs ayant la saisine du mobilier. Nous avons vu notamment que la vente passée par un seul d'entre eux est valable si elle a été faite en exécution des dispositions testamentaires.

CHAPITRE IV

PERSONNES CAPABLES D'ÊTRE EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES.

« Celui qui ne peut s'obliger ne peut être exécuteur testamentaire », dit l'article 1028, à la différence du mandat ordinaire qui, aux termes de l'article 1990, peut être confié aux femmes mariées et aux mineurs émancipés, sauf à qui le nomme à supporter le préjudice qui peut résulter de l'accomplissement du mandat par un incapable ou par une femme mariée qui a accepté cette mission sans l'autorisation de son mari. Pourquoi cette dérogation au droit commun ? L'explication est simple : le mandant ne compromet que ses propres intérêts en choisissant un mandataire incapable contre lequel il n'aura d'action que dans la mesure du profit retiré par cet incapable de l'exécution du mandat ; d'ailleurs il peut toujours le révoquer, quand l'expérience lui aura montré les dangers de cette incapacité. Au contraire, la loi ne pouvait pas permettre au testateur la nomination, pour le temps où il ne serait plus à même de contrôler ni de révoquer son mandataire, d'un exécuteur testamentaire incapable qui viendrait compromettre les intérêts de ses héritiers. Les héritiers, même non réservataires, sont tenus de subir l'exécuteur testamentaire pendant un an et un jour, avec tous les pouvoirs

à lui conférés, ainsi que les actes qu'il peut faire ; cette personne leur est imposée, et ils ne peuvent pas plus la révoquer pour faute ou omission, qu'ils n'ont participé à sa nomination, car c'est le représentant du défunt qui n'est plus là pour le révoquer, et ce n'est pas le leur, ils n'ont aucun moyen d'action sur lui.

C'est donc sur les héritiers et les légataires seuls que retombera le préjudice causé à la succession par la mauvaise gestion, par indécatesse ou par incapacité, de l'exécuteur testamentaire ; à son égard, et à part les cas très graves où ils peuvent demander la destitution, ils n'ont que le droit unique de lui demander compte de son administration. Il doit donc leur offrir au moins la garantie de sa capacité et de sa responsabilité personnelle.

Le testateur ne peut donc nommer pour exécuteurs testamentaires que des personnes moralement et légalement capables de s'obliger ; connaissant les raisons de cette exigence, voyons-en les conséquences, et les applications de cette règle en pratique.

Tout d'abord, nous examinerons rapidement quelle est la capacité exigée et à quelle époque elle doit l'être ; nous verrons ensuite les capacités entendues d'une façon restrictive, puis l'incapacité absolue du mineur, enfin l'incapacité relative ou plutôt la capacité spéciale de la femme mariée.

§ 1^{er}. — Capacité exigée. — Epoque où elle doit exister. —
Capacités entendues d'une façon restrictive.

A. — Capacité exigée ; à quelle époque.

La capacité exigée est la *capacité générale de s'obliger* plus entière que dans le mandat ordinaire ; car ici les intéressés sont les héritiers du mandant étrangers à sa nomination. Par « posséder pleine capacité de s'obliger » on entend que la personne qui contractera des obligations en qualité d'exécuteur testamentaire pourra voir ces obligations ramenées à exécution sur la pleine propriété de tous ses biens, par exemple au cas de faute grave, de détournement ou d'incapacité dans sa gestion. Ainsi nous verrons que la femme non séparée de biens doit obtenir de son mari l'autorisation nécessaire pour être exécutrice ; mais dès maintenant nous pouvons dire que cette autorisation émanée de la justice ne lui suffirait pas, puisqu'elle ne peut avec cet assentiment engager que la nue propriété de ses biens ; en cas de séparation de biens, ou de paraphernaux existants sous le régime dotal, l'autorisation de justice suffit. Le mineur ne peut jamais, même émancipé, engager la pleine propriété de ses biens, qu'il ait ou non l'autorisation de son tuteur ou de son curateur.

Il faut et il suffit que la personne nommée soit capable d'accepter la charge à l'époque du décès du testateur (1),

(1) Toullier, *Droit civil français*, t. V, n° 578 ; Duranton, t. IX,

la capacité exigée ne doit exister qu'à ce seul moment : « *être* » exécuteur testamentaire, dit l'article 1028. Peu importe que la capacité ait ou n'ait pas existé au moment où a été fait le testament, ou encore au moment où la fonction a été acceptée du mandataire : en effet l'exécution du testament devrait commencer immédiatement après que le testament peut produire son plein et entier effet, c'est-à-dire dès l'instant même du décès du testateur. Si en fait l'exécuteur n'exerce les fonctions à lui confiées par le défunt que du jour de son acceptation, en droit il est censé avoir accepté dès l'ouverture de la succession qu'il s'agit d'exécuter.

B. — *Capacités entendues d'une façon restrictive.*

Les incapacités spéciales à l'exécution testamentaire doivent être entendues d'une façon très restrictive et ne pas être étendues par voie d'analogie. Nous avons déjà vu que l'incapacité de recevoir un legs n'emportait pas incapacité d'être nommé exécuteur testamentaire : par application de cette règle, le tuteur peut être nommé exécuteur par son pupille nonobstant l'article 907 ; ces deux fonctions de confiance semblent au contraire se fortifier l'une l'autre, et celui qui a reçu d'un père mourant la mission d'administrer la personne et les biens de son enfant et à qui se trouvent confiés les plus chers intérêts

n° 393 ; Troplong, t. IV, n° 2008 ; Marcadé, *Explication théorique et pratique de droit civil* sur l'art. 1028 ; Aubry et Rau, t. VII, p. 448 ; Demolombe, t. XXII, n° 31.

du testateur est mieux qu'aucun autre à même d'exécuter ses dispositions de dernière volonté ; nous appliquerons le même raisonnement au conseil de tutelle (1).

Citons encore comme personnes incapables de recevoir par legs et capables d'être nommées exécuteurs testamentaires (2) : *le ministre du culte* qui a assisté le testateur dans sa dernière maladie, alors même que dans le testament fait dans le cours de cette maladie la totalité des biens du malade testateur se trouve confiée à la sagesse de l'exécuteur (par application de l'art. 900) (3) ; les officiers de santé, les *docteurs en médecine* ou en chirurgie, les pharmaciens qui ont traité le testateur pendant la maladie dont il est mort (même article) ; *l'enfant naturel* qui a déjà reçu de ses père et mère naturels tout ce dont ceux-ci peuvent disposer d'après les articles 758, 759, 760 et 908 du Code civil modifiés par la loi du 25 mars 1896 ; enfin le conjoint en secondes noces qui aurait déjà reçu de son conjoint tout ce qu'il pouvait recevoir en vertu de l'article 1098 du Code civil, ce qui était admis (4) dans nos anciennes coutumes malgré la prohibition des donations entre époux. Nous avons suffisamment étudié le cas du notaire rédacteur et des témoins instrumentaires du testament pour n'y pas revenir : ils peuvent être nom-

(1) Troplong, t. IV, n° 2012.

(2) Dalloz, *Rép.*, *Dispositions entre vifs et testam.*, nos 4048 et suiv., t. XVI ; Laurent, t. XIV, 328, 329.

(3) Pau, 24 août 1825, aff. Guimet, D. *Rép.*, t. XVI, sous le n° 388-2°.

(4) Unanimité des auteurs : Bayle-Mouillard, t. I, n° 335 ; Vazeille sur art. 1028, n° 3 ; Duranton, t. IX, n° 395 ; Troplong, t. IV, n° 2010 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 170 *bis*, I ; Demolombe, t. 22, n° 11.

més si la charge d'exécuteur est entièrement gratuite ; pour eux, pas de présent modique (1).

Le testateur peut confier cette charge, non seulement à un tiers désintéressé ou à des personnes incapables de recevoir par testament, mais aussi à un de ses légataires ou héritiers ; sauf à l'héritier à refuser ou à faire des restrictions s'il veut attaquer soit tout soit partie du testament (2).

Quelles sont les autres personnes pour lesquelles il y aurait doute sur la question de savoir si elles peuvent être nommées exécuteurs testamentaires ?

1° Tout d'abord il ne faudrait pas avoir perdu ses droits civils, ce qui exclut l'interdit légalement, ce qui excluait avant la loi de 1854 le mort civilement qui aujourd'hui ne subit que l'interdiction légale. Mais peu importe que l'on ne *jouisse pas des droits politiques* : la femme, et surtout l'étranger, même non naturalisé, peuvent être nommés exécuteurs testamentaires. Et Pothier, dans son Introduction à la Coutume d'Orléans, nous en donne l'explication très clairement dans les numéros 207, 208 et 211 de son *Traité (Donations testamentaires)* : « ... Les personnes qui ne sont pas capables de « fonctions publiques et offices civils ne laissent pas de « pouvoir être exécuteurs, pourvu néanmoins qu'elles « soient capables de s'obliger ; car un exécuteur étant

(1) Paris, 5 février 1833, S. 33.II.178 ; Douai, 15 janvier 1834, S. 34.II.115 et 193. *Contra*, Laurent, t. XIV, n° 329.

(2) Toullier, t. V, n° 579 ; Troplong, IV, n° 2011 ; Demolombe, t. XXII, n° 9 ; Aubry et Rau, t. VII, § 711, p. 448.

« comptable de son exécution, doit être capable de s'obliger à la reddition de son compte. Il suit de ces principes qu'une femme peut être exécutrice testamentaire, quoiqu'elle ne soit pas capable de fonctions publiques et offices civils. Si néanmoins elle est sous puissance de mari : elle ne peut accepter ni exercer cette charge qu'avec l'autorité de son mari, parce que cette autorité lui est nécessaire pour s'obliger. » Il ajoute : « Un moine ne peut être exécuteur testamentaire », mais les moines n'ont plus d'existence légale en France. Dans le n° 211, il déclare que le testateur peut « nommer pour exécuteur testamentaire un étranger non naturalisé, car c'est un pur office d'ami », après avoir déclaré qu'on peut nommer exécuteurs testamentaires même ceux en faveur desquels on ne peut pas disposer par testament : « dans les coutumes, dit-il, qui ne permettent pas au mari de rien laisser par testament à sa femme, *aut vice versa*, un mari ne laisse pas de pouvoir nommer sa femme pour son exécutrice testamentaire », ce qui vient à l'appui des idées que nous exprimions plus haut.

2° Que dirons-nous de la question de la *solvabilité à exiger* de l'exécuteur testamentaire ? Déjà cette question préoccupait beaucoup nos anciens auteurs ; et Furgole déclarait que « l'on ne considère pas la solvabilité de l'exécuteur testamentaire : elle peut être remplacée par la fidélité et l'exactitude (1) ». Pothier se posait cette

(1) Furgole, n° 83 *in fine*.

question dans le numéro 210 de son Traité (1) : un *homme sans biens* peut-il être exécuteur testamentaire ; et sa réponse était « qu'une personne, quelque pauvre qu'elle soit, ne peut être exclue de cette charge, et que l'on ne peut même lui demander caution, bien que ce soit même chose, ne pouvoir s'obliger ou être sans bien », « *cum perinde sit non habere actionem aut habere inanem.* » On ne peut écarter un tel exécuteur, dont le testateur a suivi la foi sans exiger de lui ni justification de sa solvabilité ni caution ; le testateur est libre de choisir qui bon lui semble pour son exécuteur, la capacité est la règle, et on ne doit pas créer d'incapacités spéciales non prévues par la loi. C'est aujourd'hui encore l'opinion de l'unanimité des auteurs (2), sauf ceux qui admettent que les héritiers ou légataires pourront obtenir son exclusion et sa révocation, si un dérangement postérieur, et surtout sa faillite ou sa déconfiture sont survenus depuis pour créer son insolvabilité absolue que le testateur n'avait pas pu prévoir lors de sa nomination. Il y a là une analogie avec la tutelle, fonction dont n'est pas exclu, pour pauvreté, celui que le testateur a désigné.

Cependant Pothier (3), et après lui Grenier (3), pensaient que les héritiers et légataires peuvent demander l'exclusion de l'exécuteur qui serait, au décès du testateur, en état de faillite ou de déconfiture, et même qui

(1) Pothier, Introd. au t. XVI, no 125 de la Coutume d'Orléans.

(2) Coin-Delisle, no 10 sur art. 1028 ; Demolombe, t. 22, no 32.

(3) Pothier, *loc. cit.* ; Grenier, t. I, 2^e part., ch. III, no 333. (Renvoi double).

aurait un simple « dérangement » dans ses affaires. Duranton (1) n'admet que la faillite et la déconfiture comme cause de cessation de tout mandat.

Nous dirons que les règles du mandat ne doivent pas trouver place ici pour créer une incapacité nouvelle, à cause de la différence des deux situations : l'exécuteur testamentaire, si les tribunaux le destituent d'office pour faillite ou déconfiture, ne pourra être remplacé, et les dernières volontés du testateur seront violées ; son testament qu'il se proposait de protéger ne le sera plus même par celui en qui il avait placé sa confiance ; quel que fût l'état des affaires personnelles de celui qu'il avait désigné, sa présence sera préférable à l'absence de toute surveillance et de tout contrôle en violation formelle et du testament et de la règle qui déclare les incapacités l'exception.

Toutefois, ces solutions n'empêchent pas le droit pour les héritiers ou légataires de provoquer la destitution de l'exécuteur, non plus par suite du mauvais état de sa fortune personnelle, de sa faillite ou de sa déconfiture, mais parce que sa gestion elle-même atteste son infidélité ou son incapacité ; c'est ici que MM. Duranton et Aubry et Rau invoquent la faillite ou la déconfiture comme preuves de l'incapacité, suffisantes à elles seules pour aboutir à la révocation. Nous avons repoussé cette manière de voir extensive d'incapacités ; il nous faut des faits précis de mauvaise gestion et jugés tels. Et, si le

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. IX, n° 402 ; Aubry et Rau, t. VII, p. 449.

testateur a connu la faillite ou déconfiture, et même en cas d'erreur, il faudra des cas graves (1).

Après avoir passé rapidement en revue les principaux cas où la capacité est la règle, mais cesse par suite de circonstances spéciales et essentiellement restreintes, nous arrivons aux incapacités absolues qui se réduisent à deux : celle du *mineur* (2) à laquelle on doit assimiler celle de l'interdit légal ou judiciaire, de l'aliéné interné non interdit et du pourvu d'un conseil judiciaire ; et celle de la *commune* et, en général, de tout établissement public. Nous réservons pour la fin le cas le plus important de capacité relative, celui de la femme mariée qui peut toujours être nommée, mais ne peut, si elle est mariée sous un autre régime que la séparation de biens ou le régime dotal avec paraphernaux, s'obliger pleinement si elle n'est autorisée à accepter par son mari ; en cas de séparation de corps, elle est pleinement capable, en cas de séparation de biens ou d'existence de paraphernaux sous le régime dotal, elle peut être habilitée par autorisation de justice (3).

§ 2. — Incapacités absolues.

A. — Incapacité absolue du mineur, de l'interdit, etc.

Le mineur est rangé parmi les personnes qui sont in-

(1) *Contra*, Colmet de Santerre après Demante, *Cours analytique de Code civil*, t. IV, n° 173 bis, II.

(2) D. *Rép.*, p. 1103, *Disp. entre vifs et test.*, n° 4044 ; D. 85.II.27.

(3) Dalloz, *Rép.*, pp. 1101-1103, *Disp. entre vifs et test.*, nos 4037 à 4043.

capables de contracter et par conséquent de s'obliger ; en effet l'article 1124 donne la liste des personnes frappées d'une incapacité générale de contracter et cite en première ligne « les mineurs, les interdits » etc. ; il est même préférable de dire que le mineur est incapable de se léser par un contrat quelconque, s'il n'est pas émancipé, et par un contrat qui excède les bornes de sa capacité en cas d'émancipation. Si le législateur, il est vrai, permet au mineur émancipé d'accomplir seul tous les actes relatifs à l'administration de son patrimoine, il ne faut pas étendre ces pouvoirs à l'administration du patrimoine d'autrui en exécution d'un testament ; ici l'incapacité de contracter est la règle, la capacité, l'exception. Si le mineur est déclaré par la loi incapable de se léser, à plus forte raison le déclare-t-elle incapable de léser les intérêts et des héritiers ou légataires et de ceux à qui profitent les dernières volontés dont le testateur a voulu assurer l'exécution.

Bien plus la charge d'exécuteur est absolument personnelle, elle est confiée à telle personne déterminée, et à elle seule ; et l'autorisation du tuteur pour le mineur non émancipé ne le rendrait pas capable d'accepter les fonctions d'exécuteur testamentaire ; car cette autorisation ne rend pas le mineur capable de s'obliger, elle intervient en général au contraire pour des actes qui doivent lui profiter, par exemple pour les actes d'administration c'est-à-dire les actes qui ont pour but de conserver les biens du mineur et de les faire fructifier. L'exécution testa-

mentaire est une charge personnelle, elle ne peut toutefois être comparée à la tutelle, fonction obligatoire, sauf les cas d'excuse qui permettent de s'en faire dispenser. L'exécution testamentaire est un office libre, un service d'ami que nul n'est forcé d'accepter et que le mineur ne doit pas accepter, ni son tuteur en son nom ; cet office d'ami, gratuit par nature, n'engendre pas moins une responsabilité dont nous verrons plus loin l'étendue, l'obligation de rendre compte de sa gestion à ceux qui n'ont pas été libres de le choisir, aux héritiers ou légataires ; et le tuteur ne peut représenter le mineur dans les actes qui exigent sa présence et son intervention personnelle.

Pour le mineur émancipé, il y a un motif qui aurait pu faire hésiter la doctrine dans le silence de la loi : c'est que nos anciens auteurs, et notamment Pothier, admettaient l'exécution testamentaire pour les mineurs émancipés dans la limite de leurs revenus, c'est-à-dire d'après la règle posée pour le mandat ordinaire par l'article 1990 et toujours sur l'appréciation des tribunaux quant à la fortune du mineur, à la bonne ou mauvaise foi de ceux envers qui il aurait contracté l'obligation de rendre compte de sa gestion (art. 484). Mais en présence des termes mêmes du Code, nous excluons de la charge d'exécuteur testamentaire le mineur émancipé : « Le mineur, dit l'article 1030, ne pourra *être* exécuteur testamentaire, même avec l'autorisation de son tuteur ou *curateur*. » Et l'intention du législateur est d'autant moins douteuse que ce mot a été ajouté au cours des tra-

vaux préparatoires, je ne dirai pas de la discussion, nous avons vu qu'elle n'avait pas existé tant la matière paraissait claire aux yeux de tous (1).

Mais le texte de notre article doit appeler encore notre attention ; il dit en effet : « Le mineur ne pourra *être* exécuteur », il ne dit pas « ne pourra être *nommé* exécuteur » ; il y a une grande différence entre la nomination et l'acceptation des fonctions et leur exercice. Ainsi une femme mariée peut toujours être nommée exécutrice testamentaire : pour savoir si elle sera capable d'*être* exécutrice, d'accepter la charge, il faudra, nous allons le voir, examiner si elle est mariée, le régime sous lequel elle est mariée, et la consistance de ses biens ainsi que les conditions dans lesquelles elle peut s'obliger, les limites dans lesquelles elle peut engager ses biens. Elle possède une capacité spéciale qui sera déterminée seulement lors de l'acceptation ; or le mineur possède cette capacité, non plus soumise à des conditions de régime matrimonial et d'autorisation, mais en germe et soumise à la seule condition indispensable, c'est que son incapacité ait cessé, non par une intervention étrangère, mais normalement par l'arrivée de sa majorité avant le décès ou au moment du décès du testateur.

Rappelons ici que le legs fait au mineur dans le testa-

(1) Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, p. 462 et 463 ; Pothier dit, art. 209 : « Un mineur ne peut être exécuteur testamentaire parce qu'étant restituable contre les obligations qu'il contracte il ne s'oblige pas efficacement. Néanmoins, s'il était émancipé et que, vu l'objet peu considérable de l'ex... etc. »

ment qui le nomme exécuteur testamentaire est toujours valable, que le testateur ait su ou non le légataire mineur : en effet, si le legs est indépendant, il vaudra comme pur et simple ; s'il est subordonné à l'acceptation d'une charge réputée non écrite et qui se trouve annulée, le legs vaudra encore (1).

Par analogie avec le mineur, nous excluons comme absolument incapables d'être exécuteurs testamentaires, comme incapables de s'obliger et par application de l'article 1028 : l'*interdit*, soit judiciairement (art. 502, C. civ.), soit légalement (art. 29, C. pén.) ; la personne pourvue d'un *conseil judiciaire* et la personne *internée* dans un établissement d'aliénés sans être interdite sont également incapables d'être exécuteurs testamentaires. Comme le mineur, ils peuvent être nommés à cette charge par le testament et rempliront ces fonctions si entre la nomination et le décès du testateur, l'interdiction vient à être levée, le conseil judiciaire supprimé, et si l'internement vient à cesser. D'ailleurs, l'article 509 vient à l'appui de notre assimilation au mineur : « l'interdit est assimilé au mineur, « pour sa personne et pour ses biens ; les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits ».

Pas de doutes non plus pour le pourvu d'un conseil judiciaire : car, d'une part, l'article 502 l'assimile à l'interdit pour annuler tous actes passés sans l'assistance du conseil, et même ces actes sont déclarés nuls

(1) D. Rép., *loc. cit.*, n° 4044.

de droit ; d'autre part, et par analogie de cette personne avec le mineur émancipé pourvu d'un curateur qui l'assiste, nous dirons que l'assistance du conseil sera aussi inefficace pour habiliter la personne qui en est pourvue que l'est l'assistance du curateur au mineur émancipé lorsqu'il s'agit d'accepter l'exécution testamentaire. De plus, la nomination d'un conseil est bien souvent un palliatif de l'interdiction qu'on n'a pas osé prononcer, comme le prouve l'article 499 ainsi conçu : « En rejetant la de-
« mande en interdiction, le tribunal pourra néanmoins,
« si les circonstances l'exigent, ordonner que le défen-
« deur ne pourra désormais plaider, transiger, emprun-
« ter, *recevoir un capital mobilier ni en donner décharge,*
« *aliéner*, ni grever les biens d'hypothèques sans l'assis-
« tance d'un conseil qui lui sera nommé par le même ju-
gement. » Il est donc naturel d'étendre à cette institution l'incapacité de l'interdit ; car, si les incapacités sont en général de droit étroit, en ce qui concerne le mineur et les personnes y assimilées l'incapacité est la règle, la capacité l'exception.

Pour la personne placée dans un établissement d'aliénés et majeure non interdite, la question est beaucoup plus délicate : en effet, bien que des mesures spéciales aient été prises en vue de la représentation de cette personne et de ses intérêts et pour la bonne administration de ses biens, organisées par la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, notamment article 39, il n'en est pas moins certain que le placement dans un établissement d'aliénés ne

fait naître contre la personne qui en est l'objet *aucune incapacité juridique de s'obliger ni de contracter*. Elle est seulement frappée, après comme avant son internement, de l'incapacité naturelle de contracter résultant de son état d'aliénation mentale qui peut cesser d'un jour à l'autre. L'interdit, et même le pourvu d'un conseil sont, le premier pour tous actes passés depuis l'interdiction, le second pour certains de ces actes seulement où il doit être assisté de son conseil, frappés d'une *incapacité juridique* absolue ou au moins relative de s'obliger. Les actes passés dans un intervalle lucide par la personne internée sont parfaitement valables, et ceux que l'on prétend avoir été passés en dehors de ces intervalles ne peuvent être annulés que sur la preuve de la démence au moment de l'acte ; au contraire tous les actes passés par l'interdit judiciaire ou légal du jour de l'interdiction ou de la condamnation sont nuls de droit, même accomplis pendant un intervalle lucide évident. Toutefois nous assimilerons les personnes ainsi internées aux interdits et aux mineurs quant à la capacité d'accepter l'exécution testamentaire : car l'incapacité de fait, où elles se trouvent et qui permet la validation rapide de la nomination si elle vient à cesser, est cependant suffisante pour empêcher qu'elles n'acceptent une charge qui exige une intervention personnelle, et qu'elles ne s'obligent sur leurs biens dans un moment où elles sont impuissantes à raisonner, et non dans un intervalle lucide.

B. — *Incapacité absolue de la commune et des établissements publics en général.*

Nous verrons à propos de la cessation du mandat de l'exécuteur testamentaire qu'il peut ne point finir par la mort de la personne physique : c'est au cas où le testateur a choisi une personne morale à qui il a voulu attribuer l'exécution de son testament plutôt à cause de la qualité de la personne qu'à raison de la personne elle-même, par exemple le doyen des notaires, le bâtonnier des avocats, etc., qui nous rappellent la nomination, par le testament de Bertran, de l'archidiacre en fonctions lors de son décès pour la répartition de ses legs mobiliers. Mais ici nous prenons seulement les personnes morales formant *établissements publics* et reconnues comme tels, et principalement la commune pour laquelle le cas s'est présenté en justice.

Nous dirons que la commune et en général tout établissement public n'a de personnalité civile et de capacité de s'obliger que pour l'objet spécial de sa création et de son autorisation (1) : dès lors il est frappé d'une incapacité absolue de gérer des biens étrangers aux services légaux ou autorisés, pour en remettre les revenus à des tiers sans en retirer de bénéfice personnel. La personnalité de ces personnes morales ne leur a pas été reconnue ou con-

(1) Bruxelles, 16 avril 1883, aff. ville d'Arlon, D. 85. II. 27. Conseil d'Etat, 25 novembre 1887, III, 6 D. Annulation par le préfet d'acceptation par le Conseil municipal.

férée pour cette mission gratuite de nature et tout à fait étrangère à l'intérêt général qui seul doit les occuper (1).

§ 3. — Capacité spéciale de la femme mariée.

La règle est posée par l'article 1029 : « La femme mariée ne pourra accepter l'exécution testamentaire *qu'avec le consentement de son mari*. Si elle est séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement, elle le pourra avec le consentement de son mari » ; alors se place ici l'exception « ou, à son refus, autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219 au titre du mariage ».

La femme mariée doit être pleinement capable de s'obliger pour être exécutrice testamentaire ; l'article 1029 fortifie ainsi la règle de l'article 1028 en exigeant pour la femme mariée en général l'obtention de l'autorisation du mari qui, sauf les cas de séparation de biens ou d'existence de paraphernaux sous le régime dotal où l'autorisation de justice peut y suppléer, donne seule à ses actes pleine et entière capacité et engage les biens personnels de la femme quant à la pleine propriété de ces biens. L'autorisation de justice ne peut en cette matière remplacer celle du mari, car cette autorisation ne confère comme gage aux créanciers personnels de la femme que la nue propriété de ses biens propres (2) ; et l'exception

(1) Avis du Conseil d'Etat, 13 avril et 2 décembre 1881, D. 82. III. 21 ; 13 juillet 1881, D. 82. III. 23.

(2) Art. 1413, *in fine*, C. civ.

à notre règle s'explique d'elle-même, car la femme séparée de biens ou la femme dotale qui possède des biens paraphernaux peut s'obliger sur tous ses biens dans le premier cas, sur tous ses paraphernaux, dans le second en pleine propriété, avec la seule autorisation de justice au cas où le mari refuserait son consentement. Mais la femme n'en est pas moins pleinement capable d'être nommée exécutrice, sauf à observer les règles posées par notre loi à cause de la dépendance que lui crée l'état de femme mariée, et qui disparaissent au cas de veuvage ou de non-mariage pour faire place chez la femme majeure à une entière capacité de s'obliger et d'accepter ces fonctions. Il n'y a ici aucune incapacité absolue, il n'y a même pas d'incapacité relative tenant à la profession ou à la qualité de légataire ou à l'intervention au testament ; il y a simplement application à notre matière des restrictions apportées à la capacité de la femme mariée dans son propre intérêt et dans l'intérêt de son mari dont elle ne doit pas pouvoir engager les affaires par des obligations inconsidérées, contractées à son insu : protection de la femme contre elle-même, protection de la fortune commune et aussi protection des biens de la femme contre le mari par divers moyens, et surtout par l'octroi de l'hypothèque légale ; tels sont les principes qui dominent notre régime matrimonial et qu'il était bon de rappeler ici succinctement pour expliquer cette restriction spéciale à la capacité pour la femme mariée d'accepter la fonction d'exécutrice testamentaire.

A. — *Exceptions au principe.*

Si, au cas de séparation de biens ou de paraphernaux sous le régime dotal (1), l'autorisation de justice intervient, ce n'est pas seulement parce que le mari aurait pu par son veto empêcher que la femme ne s'oblige, mais parce qu'il aurait pu ainsi entraver l'administration d'un patrimoine qui lui est entièrement étranger et qui peut nécessiter certaines obligations (2); et un certain nombre d'auteurs admettent encore cet affranchissement par justice de la puissance maritale si certains biens seulement de la femme mariée sont paraphernaux, mais suffisants pour répondre des obligations contractées par elle.

Pourquoi le Code, qui a prévu formellement le cas de séparation de biens n'a-t-il pas prévu le cas du régime dotal pour lequel la même solution est admise, en cas d'existence de biens paraphernaux, par la majorité des auteurs (3)? L'absence de texte ne vient pas de ce que le législateur ait voulu faire rentrer ce cas dans la règle générale; car la femme est dans la même condition que si elle était séparée de biens, pour ses paraphernaux dont elle a et la pleine propriété et la jouissance. Cette omission tient à la négligence des rédacteurs du Code qui

(1) Troplong, *loc. cit.*, n° 2015.

(2) Duranton, t. IX, n° 384, Delvincourt, t. II, p. 376, notes; Marcadé sur art. 1029.

(3) A ceux déjà cités, ajoutons Colmet de Santerre, t. IV, n° 174 *bis*, I, 4°; Aubry et Rau, t. VII, § 711-1°, p. 448; Demolombe, t. XXII, nos 25 et 27; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, nos 2600-2604.

crurent à l'élimination absolue du régime dotal, régime de prédilection des pays de droit écrit, et n'en étudièrent pas les effets dans notre cas où la doctrine est venue suppléer à la loi. La section de législation du Conseil d'État avait en effet presque supprimé le régime dotal en supprimant l'inaliénabilité des biens dotaux (1), et ce fut sur les vives réclamations des pays de droit écrit que le législateur se décida tardivement à y consacrer un chapitre spécial (ch. III); au moment de l'adoption de notre institution, il ne pouvait penser à l'influence sur notre matière de ce régime très discuté et presque abrogé. A la suite de la doctrine, nous dirons qu'il faut étendre l'exception de la séparation de corps au régime dotal avec existence de biens paraphernaux.

Mais, dans le cas où la femme n'a que des biens dotaux et pas de paraphernaux, elle n'a pas plus de garanties à offrir à des tiers que la femme commune, et l'on doit écarter toute possibilité d'autorisation par justice au défaut du mari. Le mari seul peut autoriser sa femme dotale sans paraphernaux à accepter la charge d'exécutrice testamentaire.

B. — *Conséquences du principe.*

Ecartant les deux cas exceptionnels où l'autorisation de justice est admise pour donner à la femme pleine capacité de s'obliger, reprenons la règle et voyons-en les

(1) Fenet, *loc. cit.*, t. XIII, p. 521.

conséquences : La nomination de la femme mariée n'étant en général efficace et son acceptation possible qu'autant que son mari l'autorise à cette acceptation, quels seront les *effets du consentement* du mari commun en biens, ou marié sous tout autre régime que la séparation de biens et le régime dotal avec paraphernaux ? Quels biens de la femme sont le gage des héritiers et légataires, la garantie de la gestion et du compte à leur rendre à la fin de l'exécution testamentaire ? *Quid* des biens du mari et des biens de la communauté ? Si le mari devenait débiteur personnel des obligations contractées par sa femme de lui autorisée en qualité d'exécutrice testamentaire, les héritiers ou légataires, créanciers d'après le compte de gestion, pourraient poursuivre le mari sur ses biens personnels pendant la durée de la communauté et même après sa dissolution (1) ; sinon, on restreint les droits des intéressés, qui ne pourront poursuivre le mari pour les mêmes obligations que comme commun, c'est-à-dire sur la moitié et seulement jusqu'à concurrence de la moitié de l'actif de communauté si la femme accepte cette communauté. Telle est la question à trancher.

Bien que l'article 1409, alinéa 2, comprenne dans les éléments passifs de la communauté « (2°) les dettes, « tant en capitaux qu'arrérages ou intérêts, contractées « par le mari pendant la communauté, ou *par la femme* « *du consentement du mari*, sauf la récompense dans les

(1) Art. 1419, C. civ., liv. III, titre V, ch. II, 1^{re} partie, sect. 1^{re}.

« cas où elle a lieu ; bien que d'après l'article 1419 pré-
 « cité les créanciers puissent POURSUIVRE le paiement des
 « dettes que la femme a contractées avec le consentement
 « du mari, tant sur les biens de la communauté que sur
 « ceux du mari ou de la femme, sauf la récompense due
 « à la communauté ou l'indemnité due au mari », ce qui
 suppose que ces biens doivent servir de garantie com-
 mune aux obligations contractées par la femme autorisée
 relativement à l'exécution testamentaire ; cependant cer-
 tains jurisconsultes refusent aux intéressés le droit d'exer-
 cer leurs poursuites sur les trois patrimoines.

1° *Opinion de Duranton* (1). — Pour lui ni la commu-
 nauté ni le mari ne sont obligés par les actes de la femme
 qui a accepté l'exécution testamentaire avec l'autorisa-
 tion maritale, qui par argument de l'article 1412 n'est
 donnée à la femme que pour valider son action. Voici
 d'ailleurs en quels termes il expose cette théorie assez
 originale :

« On a voulu, dit-il, donner le plus de garanties possi-
 « ble aux héritiers et aux légataires, qui pourront au
 « moins alors poursuivre le paiement des indemnités qui
 « leur seraient dues, sur les biens aliénables de la femme,
 « sans être obligés d'en réserver la jouissance au mari
 « (arg. de l'art. 1413). — Mais faudrait-il conclure de
 « ce que le mari aurait autorisé la femme à accepter
 « l'exécution, qu'il serait *personnellement* responsable des

(1) Duranton, *Cours de droit civil français*, 1^{re} éd., 1825, t. IX, n° 394.

« obligations de cette dernière ? Je ne le crois pas, même
 « dans le cas où les époux seraient mariés en commu-
 « nauté. L'article 1419 veut bien, dans ce cas, que les
 « engagements que la femme a contractés avec le con-
 « sentement de son mari soient aussi les obligations de
 « ce dernier, sauf son recours contre elle si en réalité
 « l'engagement de la femme a été formé dans son inté-
 « rêt particulier ; mais c'est qu'on a voulu par là préve-
 « nir des fraudes que le mari aurait pu facilement com-
 « mettre au préjudice des tiers, en mettant sa femme en
 « avant pour emprunter, acheter ou faire d'autres con-
 « trats analogues, dont il aurait retiré ou pu retirer tous
 « les avantages, sans néanmoins se soumettre aux obli-
 « gations qui devaient en résulter ; or, cela ne peut se
 « supposer dans l'acceptation d'une exécution testamen-
 « taire confiée à sa femme par le choix d'un testateur, et
 « qui ne doit jamais lui profiter. Le principe que l'auto-
 « risation maritale n'est donnée *que pour la validité de*
 « *l'acte de la femme*, et que nous trouvons clairement
 « consacré dans l'article 1413, quoiqu'on ait cherché à
 « le contester, doit donc prévaloir : seulement, l'exécu-
 « tion des obligations de la femme comme exécutrice
 « testamentaire pourra se *poursuivre sur tous ses biens*,
 « sans que l'on soit tenu d'en réserver la jouissance au
 « mari, conformément au même article pour le cas où
 « elle a accepté une succession immobilière avec son au-
 « torisation. » A plus forte raison, en est-il ainsi quand
 il n'y a pas communauté entre époux, car l'article 1419

ne peut guère être invoqué, sauf au mari à rendre compte des objets dépendant de la succession du testateur et qu'il a entre les mains, ou dont il a disposé ou autorisé sa femme à disposer, et sauf à être personnellement poursuivi dans ce cas.

Mais rien ne nous autorise à faire ces distinctions dont les travaux préparatoires ne parlent pas et que ne peut pas justifier l'article 1413 qui s'applique à un cas particulier, celui où une succession purement immobilière a été acceptée par la femme avec l'autorisation de son mari ; on dit alors que les *créanciers de cette succession* peuvent poursuivre leur paiement sur tous les biens personnels de la femme en pleine propriété et sur eux seuls, alors qu'au cas de refus du mari et après autorisation de justice ils ne peuvent se pourvoir que sur la nue propriété des biens personnels de la femme autres que les immeubles de cette succession. Nous dirons qu'il s'agit là au contraire d'une exception à la règle posée en termes bien plus généraux et catégoriques par l'article 1419 : « Les créanciers *peuvent poursuivre le paiement des dettes* « *que la femme a contractées avec le consentement du mari,* « tant sur tous les biens de la communauté, que sur ceux « du mari ou de la femme, sauf la récompense due à la « communauté ou l'indemnité due au mari. » Il n'est pas de texte plus clair ; il ne s'agit plus ici de dettes inhérentes à une succession immobilière échue de la femme, il s'agit de dettes personnelles de la femme commune laquelle n'aurait pu s'obliger sans l'autorisation de son

mari qui lève l'obstacle s'opposant à ce que la femme exerçât son droit de co-propriétaire. Cet obstacle vient du droit exclusif du mari à l'administration et à la jouissance des biens de la communauté avec lesquels se confondent les siens propres pendant la durée de l'association conjugale ; nous verrons bientôt quelles conclusions il faut en tirer.

2^o *Théorie de M. Troplong* (1). — Pour lui, c'est le mari seulement, non la communauté, qui n'est pas tenu personnellement envers les héritiers et légataires ; chez lui, ce que nous critiquons, ce n'est pas la solution générale qui est nôtre, car il n'est pas douteux d'après l'article 1419 *in fine* qu'il sera dû indemnité au mari poursuivi qui a payé et que, par conséquent, il n'était pas définitivement l'obligé : c'est la solution spéciale que Troplong veut appliquer à notre cas et qui peut s'énoncer ainsi. D'après lui, on n'a admis dans l'article 1419 le droit d'agir sur les trois patrimoines que parce qu'on présume que l'acte autorisé par le mari vise à la fois les intérêts de la communauté et les siens propres en même temps que ceux de sa femme, et qu'il n'y a pas de raison de grever l'époux de charges du chef de sa femme quand il ne retire aucun avantage de l'acte autorisé par lui ; par exemple l'exécution testamentaire n'est autorisée par lui à sa femme que par respect pour la volonté du défunt, même si un diamant ou une récompense modique sont attachés

(1) Troplong, *Donations et testaments*, éd. de 1855, t. IV, n° 2016.

à l'exécution testamentaire, marque de reconnaissance émanée du testateur, mais non profit sérieux. En cas de legs véritable à la femme exécutrice testamentaire, il distingue : ou le legs est indépendant de cette exécution, et l'autorisation maritale n'engage pas la responsabilité du mari, ou l'exécution est liée au legs, auquel cas le mari intéressé est coobligé, même sur ses biens propres.

Cette opinion conduirait à *soustraire le mari à toute obligation personnelle* et à toute poursuite *pour les dettes pour lesquelles il aurait autorisé sa femme à contracter, mais sans avantage pour lui*. Cette opinion, quoique fondée sur des bases équitables ne peut être adoptée : car, le principe du Code est que « celui qui autorise ne s'oblige pas » et rend seulement capable celui qui était incapable (1). « L'article 1419 déroge, dit M. Laurent, à « ce principe en permettant au créancier d'une dette contractée par la femme avec autorisation maritale, de « poursuivre les biens du mari. Quelle est la raison de « cette exception ? » (nous verrons que cette exception au droit commun n'en est pas une, on applique ici une règle en matière de communauté conjugale). «... Dès que la « dette contractée avec autorisation maritale tombe en « communauté, on applique le principe que *toute dette de communauté est dette du mari*. » Nous dirons que ce principe n'est vrai que pendant la durée de la communauté, parce qu'il a sa raison d'être dans la confusion

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, t. XVI, n° 429.

des biens communs et des biens du mari qui ne forment qu'un seul et même patrimoine. « Si le mari est tenu sur ses biens, ajoute très justement le même auteur, des dettes contractées par la femme avec son autorisation, ce n'est pas parce qu'en l'autorisant, il s'oblige personnellement....., il n'y a *que ses biens qui sont obligés*, parce qu'ils se confondent *momentanément* avec les biens de la communauté », dont la femme est copropriétaire et qu'elle engage, dès qu'elle est autorisée, au même titre que ses biens personnels, ou du moins pour moitié.

3^e *Théorie de M. Colmet de Santerre* (1). — M. Colmet de Santerre sans aller aussi loin que M. Troplong qui cherchait l'exemption complète du mari, veut mais dans un sens opposé, que le mari soit en vertu de l'article 1419 *personnellement obligé* pour les actes de sa femme à laquelle il a donné son autorisation, et que cet article 1419 ait repoussé l'application de la maxime romaine *qui auctor est se non obligat*. C'est bien déjà cette idée qui était contenue en germe dans la réfutation par M. Laurent de la théorie opposée de Troplong, lorsqu'il disait : « l'article 1419 déroge à ce principe, etc... » M. Colmet ajoute qu'il y a dans l'*obligation du mari sur ses biens propres* par suite de l'autorisation par lui accordée à sa femme quelque chose d'exceptionnel. « Ordinairement « on dit : autoriser n'est point s'obliger, *qui auctor est se non obligat*... C'est que la position du mari autori-

(1) Colmet de Santerre après Demante, *Cours analytique de Code civil*, t. VI, n^o 41 bis, XXI.

« sant sa femme n'est pas celle d'une personne autori-
« sant un des incapables que nous avons cités » (le mi-
neur, le prodigue et le faible d'esprit). « Les intérêts du
« mari et de la femme commune en biens sont tellement
« mêlés... que tous les actes accomplis par la femme et
« qui lui semblent propres intéressent le mari à un degré
« plus ou moins élevé. Si bien que les tiers risqueraient
« d'être compromis quand ils croiraient avoir contracté
« avec le mari, parce qu'il jouait dans l'acte un certain
« rôle dont ils n'auraient pas aperçu exactement le ca-
« ractère... C'est pour éviter cette confusion dangereuse
« pour les tiers que la loi déclare le *mari obligé*, alors
« même qu'il a seulement paru pour autoriser. » A cette
règle, les deux articles 1413 et 1432 apporteraient, d'a-
près le même auteur, des dérogations qui s'imposent :
car la femme est seule intéressée, et à l'acceptation d'une
succession purement immobilière, et à la vente d'un bien
à elle propre et que le mari a garanti solidairement ou
autrement (art. 1432).

Mais précisément, ce dernier article va à l'encontre de
l'idée émise par M. Colmet de Santerre ; car il dit for-
mellement : « Le mari qui garantit *solidairement* ou au-
« trement, la vente que sa femme a faite d'un immeuble
« personnel, a pareillement un recours contre elle, soit
« sur sa part dans la communauté, soit sur ses biens per-
« sonnels, s'il est inquiété. » Dans l'opinion de M. Col-
met, on ne fait aucune différence sérieuse entre ce qu'il
appelle la règle et l'exception, entre le cas de l'article 1419

où le mari a autorisé sa femme à agir, et celui de l'article 1432 où il s'est obligé solidairement avec elle; ici le mari a parlé au contrat, s'est personnellement engagé. Et cependant, on déclare dans les deux cas, qu'il sera tenu sur ses biens personnels, sauf recours contre la femme ou sauf indemnité au mari, ce qui revient au même.

Il nous paraît plus juste de dire que ces articles sont bien spéciaux à la matière de la communauté conjugale, et qu'il ne faut pas les voir du même œil que ceux relatifs aux véritables incapables (en cela nous sommes d'accord avec M. Colmet de Santerre); mais qu'il ne faut pas prendre à la lettre la règle qui résume l'article 1419. « Toute dette de la communauté est dette du mari »; il faut précisément la limiter par la règle de droit commun *Qui auctor est non se obligat*. A notre avis, le mari *peut être poursuivi* pour l'exécution des obligations contractées par sa femme avec son autorisation, mais cela ne prouve pas que le mari devienne *débiteur personnel*. Au contraire, au cas d'obligation solidaire en cas de vente d'un immeuble de la femme, le mari s'est personnellement obligé au contrat: et cependant, il aura droit à récompense à la dissolution de la communauté, s'il vient à être inquiété. Dans l'hypothèse de l'article 1419, l'obligation du mari sur ses biens propres n'est pas « quelque chose d'exceptionnel », car pour nous, cette obligation n'existe pas. Tout ce que signifie l'article qui nous occupe, c'est que la femme, en s'obligeant avec l'autorisation

du mari, oblige la communauté, et, comme les biens de la communauté se confondent avec ceux du mari pendant toute la durée de l'association conjugale, la loi déclare que le créancier qui a action sur les biens de la communauté, a par là même action sur les biens du mari qui se contentera de *subir cette action* qui ne lui est pas personnelle en vertu de l'adage « Toute dette de communauté est dette du mari ». En présence des droits énormes, certains disent excessifs, du mari sur l'ensemble de tous les biens pendant la durée de la communauté, droits qui ont fait dire qu'il en était propriétaire, on ne peut soustraire à la poursuite des créanciers ni les biens de la communauté, ni même les siens propres qui y sont confondus, dans le cas par exemple où il a autorisé la femme à être exécutrice testamentaire. C'est de la situation de fait que crée le régime matrimonial lui-même, que découlent ces conséquences, et non pas d'un engagement personnel du mari analogue à l'obligation solidaire de l'article 1432 : par suite de la communauté, en effet, le mari est pseudo-propriétaire ; mais en fait, il y a une association morale et pécuniaire, une copropriété des biens communs ; l'autorisation vient lever l'obstacle qui empêchait la femme d'engager la moitié lui revenant dans les biens communs, et par voie d'enchaînement l'autre moitié et même les biens du mari qui y sont mêlés. Mais le mari recouvrera, à la dissolution de la communauté et par un règlement ultérieur des récompenses les valeurs par lui *avancées dans l'intérêt de la femme*.

Ce qui a créé la confusion avec les cas de solidarité où le mari est personnellement tenu, c'est que le mode de recouvrement est le même, celui des récompenses.

Les conséquences sont les suivantes : ceux qui admettent que le mari devient débiteur personnel des dettes de la femme contractées avec son autorisation (1), enseignent qu'il peut être poursuivi, *pour le total de ces dettes* et sur ses biens personnels, *même après la dissolution de la communauté*. Nous dirons au contraire que le mari ne peut être poursuivi, après cette dissolution, que comme commun en biens, c'est-à-dire *pour la moitié*, au cas d'acceptation de la femme seulement ; car la communauté une fois dissoute, la confusion entre les biens du mari et ceux de la communauté cesse, et par suite la cause qui autorisait les créanciers à poursuivre le mari pour le tout. En un mot, au cours de la communauté, les biens communs se trouveront obligés, en vertu du concours des deux associés, ce qui est juridique, mais les biens personnels de l'un des associés, le mari, ne subiront les poursuites que par suite de la confusion forcée avec les biens communs, qui cessera dès la dissolution de l'association conjugale. Mais jamais le mari qui ne fait qu'autoriser n'aura été tenu et obligé personnellement sur ses biens propres.

Il n'y a d'ailleurs pas lieu, dirons-nous en terminant, de distinguer entre le cas où le testateur laisse une

(1) Colmet de Santerre, *op. cit.*, 41 *bis*, §§ XXIII, XXIV et XXV.

rémunération à la femme mariée son exécutrice, et celui où elle est gratifiée d'un véritable legs, ni si ce legs reste propre ou s'il tombe en communauté, enfin s'il est attaché à l'exécution du testament ou s'il en est indépendant. Cependant les auteurs, qui ont émis des théories spéciales, parlent ici encore de distinctions à faire. D'après *Delvincourt* (1), pour apprécier l'étendue des obligations qui pèsent soit sur la femme, soit sur la communauté et le mari lui-même, il faut examiner la *nature du legs* : si la communauté en profite, c'est-à-dire si par exemple le legs est d'une chose mobilière, la poursuite est possible sur les biens personnels du mari, sur ceux de la femme et sur ceux de la communauté ; s'il s'agit du legs d'un immeuble non tombé en communauté, la femme est seule tenue et sur ses seuls biens personnels. Cet auteur étend à notre cas la distinction faite par les articles 1411 et 1413 à l'égard des dettes qui grèvent les successions échues à la femme, suivant qu'elles sont mobilières ou immobilières. Nous dirons que cette assimilation ne doit pas être admise : l'exécution testamentaire n'est pas une libéralité ni un héritage, c'est une charge dont les conséquences doivent être les mêmes, qu'il y ait ou non adjonction d'une libéralité ; et les poursuites iront et aux biens de la communauté et à ceux du mari (2), dans l'un comme dans l'autre cas.

(1) *Delvincourt, Cours de Code civil*, éd. 1824, t. II, p. 376 notes.

(2) *Coin-Delisle* sur art. 1029.

Enfin M. Troplong (1), en conséquence de l'interprétation donnée plus haut à l'article 1419, distingue entre le cas où le legs est indépendant de l'exécution testamentaire, auquel cas le mari non intéressé n'est pas responsable de son autorisation ; et le cas où les deux choses, mission et libéralité, sont intimement liées, auquel cas le mari est responsable de son consentement non désintéressé.

On oublie trop dans ces théories que l'exécution testamentaire est une mission de confiance et d'amitié qui ne repose pas sur l'intérêt personnel.

(1) Troplong, *op. cit.*, n° 2016.

CHAPITRE V

DROITS, POUVOIRS ET OBLIGATIONS DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES.

La loi ayant autorisé le testateur à nommer un exécuteur testamentaire pour assurer l'exacte exécution de ses dernières volontés, lui a par cela même implicitement donné la faculté de conférer à ce mandataire tous les pouvoirs qui, d'après les circonstances, seraient nécessaires à la réalisation de ce but. Mais en dehors de ce but, le testateur ne pourrait attacher au mandat de son exécuteur d'autres pouvoirs ni des pouvoirs plus étendus, que ceux qui en découlent *de plein droit* ou que *la loi* l'autorise expressément à lui conférer. Telle est la position de la question qui nous occupe, telle que tous les auteurs et un certain nombre d'arrêts de jurisprudence l'ont énoncée (1) ; il nous reste à étudier la portée de ces principes, l'étendue de ces pouvoirs conférés par la loi, et de ceux qu'il faut faire découler de plein droit de la nature même de notre mandat telle que nous l'avons déterminée dans le chapitre II de cette étude.

(1) Bruxelles, 2 août 1809 (S. chr.) ; Cass., 8 août 1848, S. 49.I.66. Durranton, t. IX, n° 411 ; Vazeille, *Commentaire sur les successions, don. et test.* sur l'art. 1031, n° 12 ; Troplong, t. IV, n° 2026 ; Demolombe, t. 22, nos 84 et suiv. ; Laurent, t. XIV, nos 365 et suiv. ; Aubry et Rau, t. VII, § 711, p. 450.

Et Pothier, dans le n° 212 de son *Traité*, nous dit : « Le
 « pouvoir des exécuteurs testamentaires consiste princi-
 « palement dans la saisine que les coutumes accordent à
 « l'exécuteur testamentaire pour l'accomplissement du
 « testament. Cette saisine est compatible avec celle de
 « l'héritier, car cette saisine... n'est pas une vraie posses-
 « sion ; l'exécuteur par cette saisine est constitué séques-
 « tre, il n'est en possession qu'au nom de l'héritier qui
 « est le vrai possesseur de tous les biens de la succes-
 « sion, suivant la règle « Le mort saisit le vif » (V. Du-
 « moulin sur l'art. 95 de la Coutume de Paris). » On
 trouve déjà indiquées dans ce texte les principales ques-
 tions qui se posent à nous : étude de la nature, de l'éten-
 due et des effets de la saisine accordée à l'exécuteur tes-
 tamentaire ; pouvoirs conférés à ce mandataire en vertu
 de cette saisine pendant la durée du séquestre qu'elle
 engendre (scellés, inventaire, paiement des dettes, ac-
 quittement des legs mobiliers, vente des meubles s'il y
 a lieu, exécution des dispositions du testament en géné-
 ral). Nous y joindrons certains pouvoirs résultant de
 mandats spéciaux, ou encore quant au choix du notaire,
 aux expertises, aux funérailles. De ce texte découle aussi
 par voie de conséquence la nécessité d'examiner la coexis-
 tence des deux saisines d'une part, et de l'autre l'étendue
 des obligations corrélatives aux pouvoirs conférés, no-
 tamment de l'obligation principale de rendre compte.

Mais il nous sera facile de nous rendre compte que de-
 vant l'étroitesse des pouvoirs que la loi permet au testa-

teur de conférer à son exécuteur, la jurisprudence de ce siècle a toujours cherché à étendre le principe que certains pouvoirs découlent *de plein droit* et dans le silence de la loi de la nature même du mandat, de son but et des nécessités de la pratique : les principaux points concernent la vente des immeubles et le pouvoir d'en répartir le prix et de liquider à l'amiable.

Mais, avant d'aborder l'étude de la saisine, hâtons-nous de dire que tout exécuteur testamentaire n'est pas forcément investi de cette saisine, et qu'il y a lieu de distinguer entre l'exécuteur avec saisine, ce qui est le cas le plus fréquent et le seul vraiment intéressant, et l'exécuteur *sans saisine* dont les fonctions se réduisent à une pure mission de surveillance sans initiative sérieuse.

§ 1^{er}. — De l'exécuteur testamentaire avec saisine. — Nature, durée, étendue et effets de la saisine.

Avant de suivre l'enchaînement logique des fonctions attribuées à l'exécuteur tant par le testament que par la loi, c'est-à-dire les pouvoirs nécessaires pour accomplir les actes conservatoires, acquitter les legs, et faire en sorte que les dernières volontés de son mandant soient exécutées, nous devons bien comprendre ce que la loi a entendu exprimer par ces mots de l'article 1026 : « Il (le testateur) pourra leur donner la *saisine* du tout, ou seulement d'une partie de son mobilier. » Il s'agit donc de savoir quelles sont la nature, la durée et l'étendue de cette saisine spéciale qu'il ne faut pas confondre avec la

saisine des héritiers (art. 724, C. civ.) ou à leur défaut des légataires universels (art. 1006) ; les deux institutions ne se confondent pas, elles coexistent, comme nous le verrons plus loin.

De la saisine de l'exécuteur testamentaire.

Le texte de Pothier cité plus haut nous montre que de son temps la saisine de l'exécuteur testamentaire était accordée par toutes les coutumes sans distinction. Mais comment cette saisine était-elle accordée ? Elle était accordée *de plein droit*, par le fait même de la nomination d'une personne à ces fonctions ; aujourd'hui au contraire le Code civil ne permet à ce mandataire de réclamer la saisine qu'en vertu d'une disposition formelle du testateur. Cette réforme, à notre avis, n'est pas une amélioration : le rôle de l'exécuteur est fort effacé et se réduit à une mission de surveillance ; est-il bien exact de supposer, dans le silence du testateur, qu'il n'ait pas voulu conférer à celui qu'il nomme son mandataire posthume un droit sans lequel il ne peut remplir que très imparfaitement sa mission et devient pour les intéressés, aussi bien les légataires particuliers que les héritiers ou légataires universels, un témoin plus gênant pour les seconds qu'utile aux premiers ? Tel est le premier point où le système étroit du législateur de 1803 prête à la critique ; reproduisant les principales dispositions du droit commun coutumier d'où est sortie notre matière, il en supprime la règle la plus logique, basée sur la nature même de l'institution.

A. — *Nature de la saisine.*

Quoi qu'il en soit, le texte de l'article 1026 est formel *in fine* : « S'il (le testateur) ne la (la saisine) leur a pas « donnée, ils ne pourront l'exiger. » Ainsi le premier caractère de cette saisine spéciale, et qui la différencie sur ce point de la saisine ordinaire des héritiers ou légataires, c'est qu'elle ne peut résulter *que de la volonté* expressément formulée du testateur. Au contraire, les articles 724 et 1006 du Code civil disent « les héritiers « légitimes sont saisis de plein droit », « le légataire universel (en l'absence d'héritiers à réserve) sera saisi de « plein droit par la mort du testateur ». Ce qui est curieux, c'est que pour toutes les autres questions, le Code ait adopté les solutions du droit commun coutumier, comme nous allons le voir : saisine sur les meubles seuls, saisine de l'an et jour à compter du décès ; restriction possible de la saisine par le testateur.

Aussi, bien qu'une clause spéciale et formelle semble nécessaire (1), en pratique la jurisprudence admet que la saisine peut être conférée tacitement dans certains cas dont elle est souverain juge, par exemple quand le testateur a chargé son mandataire de délivrer certains meubles aux légataires désignés au testament. « Ce mandat, dit la Cour de Pau (2), ne pouvant être exécuté

(1) Texte du Code, art. 1026. Rapport du tribun Jaubert « ne sera jamais de droit » ; Fenet, t. XII, p. 610.

(2) Pau, 13 janvier 1890, D. 91.2.51 « à plus forte raison des termes sacramentels sont inutiles ». D. J. G. *Dispos. entre vifs et test.*, n° 4057.

« qu'autant que le mandataire a de fait la possession des
 « objets légués ; et les héritiers qui n'ont point usé de la
 « faculté de faire cesser les effets de la saisine en justi-
 « fiant du paiement des legs ou en consignait somme
 « suffisante dans ce but, n'ont d'autre droit que de de-
 « mander à l'exécuteur testamentaire le compte de son
 « mandat et la *justification des délivrances* par lui con-
 « senties aux divers légataires. » Déjà il avait été jugé
 par la Cour de Bruxelles (1) que la saisine n'a pas besoin
 d'être donnée en termes exprès, et qu'il suffit que les
 attributions données à l'exécuteur par le testament cons-
 tituent tous les effets de la saisine (de même en cas de
 destruction de papiers intimes) (2).

En résumé nous voyons qu'en pratique il suffit que la
 volonté du testateur soit clairement exprimée, et non
 forcément d'une façon expresse ; il faut et il suffit que la
 mission donnée à l'exécuteur testamentaire implique une
 possession de fait des biens mobiliers de la succession
 (remise à des parents ou amis de certains objets à titre
 de souvenir ; destruction, en l'absence d'héritiers à ré-
 serve, de papiers intimes du défunt, etc.) ; nous disons
 des biens *mobiliers*, car l'opinion de Delvincourt (3) qui
 autorisait la saisine des immeubles paraît aujourd'hui
 abandonnée, comme nous le prouverons en parlant de
 l'étendue de la saisine.

(1) Bruxelles, aff. Wilquet, 8 novembre 1842, D. *loc. cit.*, n° 3422-1°.

(2) Cass., 11 juin 1890, D. 90.1.324.

(3) Delvincourt, *Cours de Code civil*, éd. 1824, t. II, p. 273 et notes.

B. — *Durée de la saisine ; son point de départ.*

En principe la saisine du mobilier n'est valablement donnée à l'exécuteur testamentaire que pour une année à partir du décès du testateur, « elle ne pourra durer, dit l'article 1026 alinéa 2, au delà de l'an et jour à compter de son décès » ; et lors des travaux préparatoires le tribun Jaubert disait : « le testateur ne pourra l'étendre au delà d'une année (1) ». Dans les anciennes coutumes existaient des divergences : les coutumes de Valois (art. 175), d'Auxerre (art. 132) et plusieurs autres admettaient la saisine de l'an et jour *depuis la mise en possession* de l'exécuteur testamentaire de tous les effets de la succession ; la coutume d'Orléans (art. 290) admettait la saisine des meubles et celle des immeubles jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire pour l'exécution du testament, mais le législateur a suivi la coutume de Paris et le droit commun coutumier qui n'admettait que la saisine des meubles pendant l'an et jour du décès seulement (Paris, art. 297) (2). C'est un délai *maximum* : sauf quelques contestations isolées, notamment de Duranton et de Vazeille (3) qui voulaient laisser au testateur la faculté de proroger la saisine au delà de l'an et jour en l'absence d'héritiers réservataires, réduisant ainsi l'application de l'article 1026 au cas unique où le testateur serait muet sur l'étendue de la saisine, ce maximum

(1) Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, p. 610.

(2) Furgole, nos 28 et 30 à 33.

(3) Duranton, t. IX, n° 400 ; Vazeille sur article 1026.

de durée est admis par les auteurs (1) et par la jurisprudence (2).

Le testateur ne pourrait donc pas, dans la prévoyance que l'exécution de ses dispositions éprouverait des difficultés ou des lenteurs, prolonger la saisine au delà de ce laps de temps. Bien plus les tribunaux ne pourraient pas davantage en proroger la durée pour des motifs quelconques (3). Nous citerons comme particulièrement intéressant en notre matière l'arrêt de la Cour de Lyon du 20 mai 1896 que nous retrouverons sur les importantes questions de la saisine des immeubles d'une part, de leur aliénation de l'autre. Quant à la durée de la saisine, le dispositif de ce jugement est ainsi conçu : « A l'égard du mobilier, le testateur peut donner la saisine à l'exécuteur testamentaire, mais pendant la durée d'une année seulement, à compter de son décès, et sauf la faculté que conserve l'héritier de la faire cesser en effectuant lui-même le paiement des legs mobiliers (C. civ., 1026 et suiv.). » note 1. Cette note, très intéressante, ajoute : l'article 1026 du Code civil autorise le testateur à donner à son exécuteur testamentaire la saisine de tout ou seulement d'une partie de son mobilier, mais avec les limites de temps pré-

(1) Aubry et Rau, t. VII, § 711, p. 454 ; Laurent, t. XIV, nos 34 et suiv. ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 171 bis, III ; Marcadé sur art. 1026, n° 2 ; Troplong, t. IV, n° 2000 ; Demolombe, t. 22, n° 48.

(2) Lyon, 16 août 1864, S. 65.II.254 ; Pau, 7 décembre 1861, D. 63.V.164 ; Alger, 20 janvier 1879, D. 79.II.143 ; Cassation, 20 mai 1867, D. 67.I.200, et surtout Lyon, 20 mai 1896, D. XI. 2.273. S. 96.II.209.

(3) Mêmes auteurs qu'au (1) et de plus Ricard, *Des donations et test.*, part. 2, chap. 2, n° 74 et Toullier, t. V, n° 594 ; sauf *contra*, Troplong, t. II, n° 1099 et Grenier, t. I, n° 330.

cisées par l'article 1026, an et jour à compter du jour du décès (1). Ainsi, il a été jugé qu'il y a lieu d'annuler, soit comme substitution prohibée, soit comme libéralité envers des personnes incertaines, la disposition d'un testateur qui instituait, pour assurer l'accomplissement de ses volontés (création d'une fondation de 10.000 fr. de rente, destinée à pourvoir à perpétuité à l'éducation et à l'apprentissage de ses parents collatéraux), des exécuteurs testamentaires dont il prorogait indéfiniment la saisine, avec pouvoir de se donner indéfiniment aussi des successeurs (2).

Ainsi les plus récents arrêts de jurisprudence sont d'accord avec la jurisprudence antérieure pour admettre comme maximum de durée de la saisine l'an et jour. Quant au *point de départ*, il est en principe fixé au JOUR MÊME DU DÉCÈS. Mais le point de départ pourra être *postérieur au décès*, retardé jusqu'au jour où l'exécuteur aura pu se mettre en possession des biens de la succession de son mandant, *par suite de circonstances indépendantes de sa volonté* : par exemple, si le testament n'avait pas été découvert immédiatement après le décès du testateur, ou si l'exécuteur testamentaire avait été empêché, par des contestations sur la validité de sa nomination ou du testament tout entier, de prendre possession du mo-

(1) D. J. G. *Dispositions entre vifs et test.*, nos 2613 et suiv., *Supplément*, nos 1003 et 1004 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, t. II, nos 2613 et suiv.

(2) Pau, 7 décembre 1861, D. 63, V. 164, aff. Haranboure c. Haranchipy. Cass., 17 nov. 1863, D. 63, I. 441.

bilier, le délai d'une année ne commencerait à courir que du jour de la découverte du testament, ou de la cessation de l'obstacle qui s'opposait à l'entrée en possession de l'exécuteur testamentaire (1-2). Mais la règle absolue est celle-ci : pas de prorogation possible, ni par justice, ni même par suite d'une disposition formelle du testament et de la volonté bien expresse du testateur, une fois que l'exécuteur *a pu* profiter, pendant l'an et jour, de la saisine.

C. — *Etendue de la saisine ; ses effets.*

C'est la question principale, que l'article 1026 a prévu très sommairement en disant : « Il (le testateur) pourra « leur donner la saisine *du tout*, ou seulement *d'une partie de son mobilier*. » Et d'abord, qu'entend-on par saisine du mobilier ? Cette expression au sens large comprend, ainsi que l'exprimait déjà, dans l'ancien droit, Bacquet (3), tout ce qui n'est pas immeuble, et notamment « les deniers comptants, la vaisselle d'argent, les « ustensiles d'hôtel (lisez habitation), les habits, linges, « bagues et bijoux, les dettes actives, les arrérages de « rente, louages (loyers) de maisons, moissons de grains « (fermages) dus et échus au jour du décès du testateur », mais non ceux échus depuis la mort du testa-

(1) Toullier, *Droit civil français*, t. V, n° 594 ; Vazeille sur art. 1026 ; Grenier, t. I, n° 230 ; Duranton, t. IX, n° 399 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 171 bis, IV ; Laurent, t. XIV, n° 343 ; Demolombe, t. 22, n° 50 ; Aubry et Rau, t. VII, p. 454-455, et note 33.

(2) Poitiers, 23 ventôse an XIII, D. *Rép.*, *Disp. entre vifs et test.*, t. XVI, n° 4132.

(3) *Droit de bâtardise*, ch. VII, nombre 3.

teur, par argument de la tradition (En effet, Ferrière, Furgole et Ricard sont en ce sens (1)) et des articles 520 et 547 du Code civil, qui considèrent comme immeubles, appartenant par voie d'accession au propriétaire actuel (ici à l'héritier) les fruits et récoltes non encore recueillis, qui ne pouvaient dès lors être meubles lors du décès (2-3).

Toutefois, comme l'objet principal de la saisine est de faciliter la réalisation du mobilier pour l'acquittement des legs et l'exécution du testament, en cas surtout d'insuffisance de deniers comptants, les *droits incessibles* qui ne peuvent se réaliser contre argent ne doivent pas être considérés comme y étant soumis. Spécialement la saisine comprend tous les droits quelconques dont le défunt aurait eu le droit de disposer, et notamment le droit au bail qui appartenait au testateur au jour du décès, à moins que par une clause du contrat il n'ait été interdit au preneur de céder, en tout ou en partie, ledit droit sans le consentement exprès du propriétaire et que ce consentement n'ait pas été accordé (4).

Sachant ce qu'il faut entendre par mobilier, nous di-

(1) Ferrière, *Nouveau commentaire de la coutume de Paris* sur l'article 297 ; Furgole, *Des testaments*, ch. X, sect. 4, n° 40 ; Ricard, *Traité des donations et testaments*, partie 2, ch. II, n° 77.

(2) Demolombe, t. 22, n° 53 ; Aubry et Rau, t. VII, p. 455, § 711, noté 36 ; Colmet de Santerre, *loc. cit.*, n° 171 bis, II ; Baudry et Colin, t. II, p. 209, n° 2618.

(3) *Contrà*, Duranton, t. IX, n° 412 ; Toullier, t. V, n° 587 ; Troplong, t. III, n° 2001 ; Delvincourt, p. 95, t. II, note 5.

(4) Gand, 23 février 1870, *Pasic.*, 70.II.244 ; Laurent, t. XIV, n° 337 ; Fuzier-Hermann sous l'article 1026.

rons que l'article 1026 laisse libre la volonté omnipotente du testateur pour donner à son exécuteur la saisine de son mobilier, soit de la totalité, soit de telle ou telle partie de ce mobilier. Car, de même que, pour la durée, du moment où la saisine n'est pas donnée au delà de l'an et jour le testateur est libre de la restreindre dans les proportions qu'il lui plaît ; de même, pour l'étendue, du moment où la saisine ne porte que sur le mobilier, le défunt pourra restreindre la saisine à telle ou telle partie de ce mobilier, ou au contraire donner la saisine de la totalité de son mobilier, bien qu'il existe des héritiers à réserve (1). Pour donner cette saisine, nous avons vu qu'il n'est pas nécessaire d'employer des termes sacramentels qui n'existent plus dans notre droit, et qu'il suffit que le testateur indique clairement ses intentions à cet égard (V. aussi D. J. G. *Dispos. entre vifs*, t. XVI, n° 1004 ; Baudry-Lacantinerie, t. II, 2616).

Les termes de l'article 1026 sont bien généraux, et nous repousserons l'avis de M. Duranton (*loc. cit.*) et de quelques auteurs, d'après lesquels le testateur ne pourrait donner à ses exécuteurs *que la saisine de la partie du mobilier strictement suffisante* pour l'exécution de ses dispositions testamentaires, parce qu'autrement il porterait atteinte à la réserve des héritiers qui doit arriver libre dans leurs mains. Nous dirons d'abord que le texte ne

(1) Paris, 18 novembre 1871, D. 73.II.15. Colmet de Santerre, t. IV, n° 171 bis, V ; Laurent, t. XIV, n° 340 ; Demolombe, t. 22, n° 51. — *Contrà*, Duranton, n° 401 ; Toullier, p. 167 ; Aubry et Rau, p. 453, note 28.

distingue pas et autorise le testateur dans tous les cas, pour *tout* ou partie du mobilier, à donner la saisine quelle que soit la qualité de ses héritiers ; alors que l'article 1004 oblige le légataire universel lui-même à demander la délivrance des biens aux héritiers réservataires et que l'article 1006 ne lui confère la saisine qu'en l'absence de ces mêmes héritiers (V. Colmet de Santerre).

D'ailleurs on aboutirait avec le système de Duranton à la confusion, puisqu'il ne nous dit pas quelle fraction du mobilier sera fixée comme susceptible de subir la saisine de l'exécuteur ; à quoi bon alors cette abréviation de la durée, ce maximum de détention souvent bien court d'une année, si le défunt ne peut au moins laisser des valeurs suffisantes pour l'exécution de ses volontés ? L'ancien droit du reste allait beaucoup plus loin, puisqu'il admettait la saisine des immeubles jusque *sur les quatre quintes des propres* qui constituaient la réserve coutumière. Donc peu importe la réserve : par exemple au cas où les immeubles et biens immobiliers seraient insuffisants pour composer la réserve, la saisine n'en porterait pas moins sur la partie du mobilier qui la compléterait, si toutefois le testateur n'en avait pas décidé autrement.

Quid de la saisine des immeubles ?

Alors se pose cette question : puisque (1) dans l'ancien

(1) Coutumes d'Orléans, art. 290 ; d'Auxerre, art. 232 ; de Bourbonnais rt. 295.

droit la saisine portait sur les immeubles dans beaucoup de coutumes, comment faut-il interpréter le silence du législateur ? La volonté du testateur est souveraine, quand la loi n'y met pas d'entraves : peut-il accorder cette saisine ? Dans le cas où il garde le silence, faut-il en conclure qu'il n'a pas voulu l'accorder, même en cas d'insuffisance des biens mobiliers pour l'acquittement des legs et l'exécution du testament, même en cas d'absence d'héritiers à réserve ?

Et rappelons rapidement les principales solutions des coutumes sur cette question de l'étendue de la saisine aux biens immobiliers : tandis que dans les coutumes d'Aunis (art. 68), d'Angoumois (art. 113), de Blois (art. 177), on n'admettait la *saisine des meubles que jusqu'à concurrence des legs*, les coutumes de Berry (titre 18, art. 22) et de Bourbonnais (art. 295) accordaient la saisie des meubles et *des conquêts* ; et un grand nombre de coutumes (Meaux, Melun, Clermont, Châlons, Troyes, Valois, Auxerre, etc.) admettaient pour l'an et jour *la saisine de tous les effets de la succession* (1), sauf à l'héritier à fournir à l'exécuteur des deniers suffisants pour l'exécution du testament moyennant quoi il restait saisi ; les coutumes de Poitou (art. 271) et d'Orléans (art. 290) (2) arrivaient au même résultat par une solution différente, et n'accordaient la *saisine des immeubles qu'en cas d'insuffisance* du mobilier et jusqu'à concurrence de ce qui

(1) Furgole, nos 30 à 33.

(2) Pothier, *Donat. testam.*, ch. V, sect. I, art. 2, § 2.

est nécessaire pour l'exécution du testament. On voit donc que la coutume de Paris (1) et quelques autres qui repoussaient la saisine des immeubles, mais admettaient celle de tout le mobilier pendant l'an et jour, ne constituaient pas en notre matière le droit commun coutumier, et que la tendance la plus marquée dans cette diversité était l'admission de la saisine sur le mobilier d'abord et sur les immeubles ensuite, mais seulement en cas d'insuffisance des biens meubles et jusqu'à concurrence de cette insuffisance.

Cependant, en présence du silence du Code que l'on interprète comme une mise à l'écart des immeubles, l'opinion générale admise en doctrine repousse la saisine des immeubles. Déjà Pothier (2), qui nous montrait dans les deux coutumes (Paris, art. 297, Orléans, 290) l'exécuteur se mettant en possession « de tout ou seulement d'une partie du mobilier » si toutefois l'héritier n'offrait pas somme suffisante à l'acquittement des legs et d'« autant que monte le clair du testament » repoussait toute extension de la saisine par le testateur lui-même, soit aux héritages dans la coutume de Paris, soit à une somme plus grande que celle nécessaire à l'exécution dans la coutume d'Orléans : « C'est par la vertu de la loi, dit-il, « que l'exécuteur testamentaire a cette saisine des biens « du testateur ; comme c'est en faveur du testateur que

(1) Furgole, n° 28.

(2) Pothier, *Donations et testaments*, t. VIII de son *Traité*, p. 285, nos 213 à 217.

« la loi l'accorde, le testateur peut bien déroger à un
 « droit qui n'est établi qu'en sa faveur, et le restreindre ;
 « mais il ne peut l'étendre..., n'y ayant que la loi qui
 « puisse accorder à l'exécuteur cette saisine, le testateur
 « ne peut l'accorder *au delà de ce que la loi accorde*.
 « C'est, ajoute-t-il, l'avis de Ricard (*Donations*, 2^e partie,
 « ch. II, gl. 3). » Aussi déclare-t-il qu'au cas où le testa-
 teur a restreint la saisine à une certaine somme, l'héritier
 peut offrir cette somme s'il veut éviter la prise de posses-
 sion, de plein droit par l'exécuteur, de biens jusqu'à due
 concurrence ; mais qu'« en cas d'insuffisance de cette
 « somme pour l'entier accomplissement du testament,
 « l'exécution s'étend cependant à tout le testament, c'est
 « la *prise de possession de l'exécuteur qui est limitée par*
 « *là*, il devra recevoir le surplus des mains de l'héritier ».
 Par analogie nous dirons que, dans le cas d'insuffisance,
 non plus d'une certaine somme, mais de la somme re-
 présentative de tout le mobilier, l'exécution du testament
 n'en est pas moins maintenue, mais c'est à l'héritier de
 prendre les mesures pour fournir le surplus, non à l'exé-
 cuteur à se mettre en possession des immeubles de
 succession dans le silence de la loi et du testament.

Mais, si le testateur s'est prononcé, doit-on exécuter
 cette partie du testament et accorder à l'exécuteur la sai-
 sine des immeubles ? Il n'y a pas d'hésitation en cas
 d'existence d'héritiers à réserve : une pareille clause se-
 rait considérée comme non avenue à l'égard des héritiers
 ou légataires universels qui pourraient, à tout instant,

demander le délaissement des immeubles héréditaires, lors même qu'ils en auraient pendant quelque temps abandonné l'administration à l'exécuteur testamentaire.

Si l'on hésite à accorder la saisine de tout le mobilier à l'exécuteur en présence d'héritiers à réserve, parce que cette réserve doit être laissée exempte de toutes charges, conditions ou restrictions relatives à la dévolution, au partage, à l'administration et à la disposition des biens qui la composent, à plus forte raison devra-t-on repousser toute saisine portant sur les immeubles qui sont la première garantie des réservataires. La disposition de l'article 1026 est doublement générale et absolue ; d'une part elle déclare possible la saisine de tout le mobilier, sans distinguer entre le cas où le testateur ne laisse aucun héritier à réserve et celui où laissant des héritiers réservataires, il lègue toute la quotité disponible (1) ; d'autre part, elle passe sous silence les immeubles de manière à les exclure. Les termes de notre article ne laissent aucun doute si on les rapproche des explications données lors des travaux préparatoires du Code civil par le tribun Jaubert et déjà en partie citées (2) : « La saisine, « qui ne peut porter *que sur le mobilier*, ne sera jamais « de droit. Le testateur ne pourra l'étendre au delà d'une « année. Apposition des scellés, inventaire, vente du mo- « bilier pour acquitter les legs, responsabilité, reddition

(1) Paris, arrêt cité, 18 décembre 1871, aff. Aubertot, D. 73.II.15 ; sur ordonnance de référé du 31 août.

(2) Fenet, *Travaux prép. du Code civil*, t. XII, p. 610.

« de compte, tout est prévu. » Presque tous les auteurs se prononcent en ce sens (1), même au cas plus délicat où il n'y a pas d'héritiers à réserve ; de même plusieurs arrêts (2), dont le dernier déjà cité de la Cour de Lyon du 20 mai 1896 (3) résume fort bien la question dans la note jointe au dispositif qui d'ailleurs ne tranche pas la question et la pose ainsi : « Le testateur peut-il conférer la saisine de ses biens immobiliers à son exécuteur testamentaire » ? (Non résol. C. civ., art. 1026 et suiv.) notes 2 et 3.

D'après ces notes, il est dit que « suivant quelques auteurs, le testateur peut étendre la saisine donnée à l'exécuteur *aux immeubles de la succession* (4) », mais que l'opinion contraire est généralement admise : « 1^o Cette dernière solution est conforme au principe général d'après lequel le testateur ne peut pas donner à l'exécuteur testamentaire d'autres droits que ceux que la loi elle-même lui confère ; 2^o de plus considérations spéciales : la saisine que le testateur ne peut accorder à l'exécuteur que parce que la loi lui en a conféré le pouvoir, porte atteinte à la saisine des héritiers ou du légataire universel et entrave les droits qu'ils tiennent de leur qualité de pro-

(1) Demolombe, t. XXII, *Don.*, V, n^o 47 ; Aubry et Rau, t. VII, p. 453 ; Laurent, t. XIV, n^o 338 ; Grenier et Bayle-Mouillard, t. III, n^o 331 ; Trolong, t. IV, n^o 1995 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 264, § 491.

(2) Lyon, 26 août 1864, S. 65.II.254 ; Bruxelles, 8 août 1864, *Pasicr.* 64. II.411.

(3) Cour de Lyon, 20 mai 1896, D. XI.2.273 ; S. 99.II.209 et Cass., 30 mars 1897, S. 98.I.181.

(4) Delvincourt, *Cours de C. civ.*, éd. de 1824, t. II, p. 373, notes ; Vazeille, *Commentaire sur l'art. 1026*, n^o 2.

priétaires ; le testateur ne peut limiter le droit de propriété de ses héritiers. En outre les motifs [nous allons les voir] pour lesquels la loi admet la saisine du mobilier par l'exécuteur testamentaire n'existent pas pour les immeubles, car les *légataires* ont un moyen simple et efficace de garantir leurs droits, c'est de prendre *inscription sur les immeubles* et de demander la *séparation des patrimoines* (Troplong, *Donations et Testaments*, t. III, n° 1995 ; Marcadé, *Explication du Code civil sur l'article 1026* ; Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, t. II, n° 807 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, n° 171 bis, III ; Demolombe, *op. cit.*, V, n° 48 ; Laurent, *op. cit.*, t. XIV, n° 338 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, t. II, n° 2620 ; Huc, *Commentaire du Code civil*, t. VI, n° 358 ; J. G. *v° cit.*, n° 4065 ; *Supplément, eod. v.* n° 1004). La jurisprudence est dans ce dernier sens (Lyon, 27 août 1864 et Civ. rej., 20 mai 1867, D.67.1.200). Ici se place l'hypothèse de la Cour de Lyon de 1864 confirmée par la Cour suprême : « (Jomand c. Villard — Portanier, — clause du testament nommant M. Jomand « exécuteur testamentaire à charge de gérer et administrer les propriétés léguées par Mlle Villard aux enfants « de sa nièce Portanier, née Villard, de façon à ce que « ces enfants touchent les revenus intégralement, sauf « défalcation des frais d'entretien et d'éducation ; — autorisation de continuer cette gestion jusqu'au décès de « l'usufruitière, femme Portanier, et même pour les biens « de la succession en général, jusqu'à ce que ses petits-

« *neveux eussent atteint leur 31^e année, et que ses petites-nièces eussent contracté mariage.* » La Cour de Lyon annule ces conditions en vertu de l'article 900 comme contraires aux lois, et notamment à l'article 2006, et la Cour suprême confirme).

« Dans tous les cas, dit en terminant la seconde note, en admettant que le testateur puisse comprendre dans la saisine de l'exécuteur testamentaire tout ou partie de ses immeubles, il ne pourrait le faire au delà du délai légal de l'an et jour de l'article 1026 (vu) ; il pourrait au contraire limiter cette saisine à un temps moindre. C'est en faveur de cette opinion que se prononcent les auteurs (Baudry et Colin, *op. cit.*, t. II, n° 2621 et les auteurs cités) et la jurisprudence (Pau, 7 décembre 1861 précité ; Alger, 20 janvier 1879, D. 79.II.143 ; Cass., 17 novembre 1863, rapp. Bayle-Mouillard, D. 63.I.441). Un testament par lequel un testateur exclut tous ses parents de sa succession et ne dispose que de ses revenus, avec *désignation d'un gérant perpétuel* de la succession, chargé d'en conserver indéfiniment la saisine, de l'administrer et de distribuer les revenus légués, avec faculté d'acquérir sans pouvoir jamais aliéner, implique l'intention d'*exclure de l'hérédité*, au moyen de l'institution d'un être fictif créé par le testateur sous le nom de sa succession, *tous les successeurs ab intestat indistinctement* (pas d'institution tacite ici des successeurs irréguliers, par exemple l'Etat). L'institution, créant une espèce de mainmorte entre les mains de laquelle les biens de la succession seraient perpé-

tuellement indisponibles, est *nulle comme contraire à l'ordre public*, et l'exclusion contre tous les successeurs *ab intestat* nulle de la même nullité comme ayant une cause illicite, et la succession du défunt doit être dévolue aux héritiers du sang dans l'ordre légal, l'État n'y a droit qu'à défaut d'eux et de successeurs irréguliers qui lui sont préférés. »

Pour conclure sur cette question, il ne faut pas oublier que le but de la saisine est de faciliter le paiement des legs et de prévenir le détournement du mobilier ; suivant la juste observation de Troplong sur les motifs de la saisine, elle n'a vraiment d'utilité qu'à l'égard du mobilier, mais de tout le mobilier, que l'héritier pourrait dissiper au préjudice irréparable des autres intéressés ; il n'en est pas de même pour les immeubles, à raison de l'hypothèque légale de l'article 1017. Et cependant, nous avons vu quelques interprètes déclarer valable la clause de saisine des immeubles, malgré l'opinion contraire de nos anciens jurisconsultes et d'un certain nombre de coutumes, notamment celle de Paris, malgré les travaux préparatoires, malgré la défense d'étendre les entraves déjà graves apportées à la saisine légale (1).

La seule objection est celle-ci : le testateur aurait pu léguer à l'exécuteur testamentaire les immeubles de sa succession, il aurait pu lui léguer toute la quotité disponible et même, en cas d'absence de réservataire, toute sa

(1) Laurent, t. XIV, n° 341.

fortune. Mais de ce que le testateur n'a pas disposé de façon normale, au profit de son mandataire, il faut conclure qu'il doit se restreindre à l'article 1026. A notre avis la clause par laquelle l'exécuteur testamentaire reçoit la *saisine des immeubles serait réputée non écrite*. Ainsi les mêmes auteurs qui permettaient au testateur d'user d'une liberté absolue pour étendre à plus de l'an et jour la saisine de tout ou partie du mobilier, permettent également au testateur sans réservataire d'étendre à son gré la saisine aux immeubles ; pour eux (1), il y a aussi faculté pour le juge de proroger le délai sur la demande des légataires ou de l'exécuteur. Nous dirons qu'il est toujours possible à l'exécuteur de prévenir les difficultés ou les retards au moyen de certains actes conservatoires (scellés, inventaire, entente, etc.).

En conséquence de la nature de la saisine de l'exécuteur qui a pour but de mettre dans sa main les moyens d'acquitter les legs sans être forcé de former une demande en délivrance contre l'héritier ; ce qui ne nuit en rien aux droits de l'héritier naturel qui jouit de la saisine légale ou, à son défaut, du légataire universel qui le remplace ; « ce qui ne porte aucune atteinte à la réserve, « puisqu'elle n'est qu'une simple détention qui n'enlève « juridiquement à l'héritier ni la propriété, ni même la « possession civile des biens, et qu'elle confère seulement « à l'exécuteur testamentaire un droit, ou plutôt même

(1) Grenier, t. I, n° 330, et Troplong, t. IV, n° 1999.

« un devoir d'administration » (1); pour ces raisons et toutes celles exposées plus haut, la jurisprudence repousse la saisine des immeubles qui serait un empiétement et une extension interdite par la nature même de cette mission. Ainsi elle annule, par application absolue de ces principes, toute clause du testament prolongeant indéfiniment la saisine par le pouvoir conféré à plusieurs exécuteurs de se donner des successeurs au décès les uns des autres (2): c'est une nullité d'ordre public dont ces dispositions sont frappées comme libéralités en faveur de personnes incertaines ou d'un être moral (la succession) incapable de recevoir; c'est une nullité absolue de la clause réputée non écrite du testament qui investit l'exécuteur pris en cette qualité de la gestion et de l'administration des immeubles, pour plus de l'an et jour (3).

Nous verrons quels sont les effets de cette saisine dont nous connaissons maintenant la nature, la durée et l'étendue, dans le cas de coexistence des deux saisines: légale et testamentaire. Voici rapidement quels sont les effets en général de la saisine de l'exécuteur ainsi entendue, effets dont nous examinerons la répercussion en énumérant les fonctions ou plutôt le pouvoir d'intervention de l'exécuteur testamentaire: 1° *mise de l'exécuteur en possession* des meubles héréditaires, en tout ou en partie,

(1) Ordonnance de référé du président du tribunal civil de la Seine du 31 août 1871 déjà citée.

(2) Pau, 7 décembre 1861, S. 62.II.258.

(3) Cass., arrêt cité, 20 mai 1867, D. 67.I.200.

suivant l'étendue que le testateur a donnée à la saisine, mais seulement après inventaire en présence des héritiers ou eux appelés. Pothier disait (n° 218) « mise de l'exécuteur en possession des biens de la succession dont la coutume le saisit » ; aujourd'hui la loi crée des limites quant à la durée et quant à l'étendue, mais dans ces limites bien étroites, il est vrai, la volonté du testateur est omnipotente. L'exécuteur peut appréhender cette détention de sa propre autorité et de plein droit si le testament qui lui confère la saisine est par acte public et *authentique* ; si le testament est *olographe ou mystique*, les successeurs saisis légalement devront faire à l'amiable remise du mobilier à l'exécuteur testamentaire, après obtention par l'exécuteur de l'ordonnance d'envoi en possession conformément à l'article 1008 ; en cas de refus des successeurs, assignation possible par l'exécuteur pour faire reconnaître ses droits par les tribunaux ; 2^o *vente des meubles*, du consentement de l'héritier ou assignation de celui-ci devant le juge qui ordonne la vente nécessaire, à moins que l'héritier ne se décide à remettre les sommes nécessaires à l'exécuteur pour l'acquittement des legs mobiliers, en cas d'insuffisance de deniers comptants ; mais le juge ne doit lui permettre la vente que jusqu'à concurrence de ces sommes (1). Aussi la coutume d'Orléans déclarait qu'à l'égard des héritages dont l'exécuteur était saisi, « il ne pouvait ni les vendre ni faire condam-

(1) Déjà Dumoulin sur l'art. 95, n° 10 ; Pothier, nos 218 et 219 de son traité.

ner l'héritier à la vente, la saisine ne visant *que les revenus à toucher* ; il ne pouvait même en faire les baux ». Aujourd'hui c'est à l'héritier à aviser ; 3° *exécution des dispositions du testament en général* : à cet effet droit d'intervenir dans toutes les contestations relatives à la validité et à l'exécution du testament ; *exercice des actions* de la succession tant en demandant qu'en défendant ; 4° *recouvrement des capitaux* et objets mobiliers dus à la succession contre quittance ; *contrainte au paiement des débiteurs* de la succession, ou demande en justice contre eux ; mais ici la question est plus discutée (1). Dans les coutumes, notamment celle d'Orléans (2), la poursuite des débiteurs ou la demande en justice en l'absence de titre exécutoire était admise, ainsi que le droit de recevoir ce qu'ils doivent, mais non le remboursement des rentes alors immobilières ce qui contenait aliénation d'immeubles possible au seul héritier ; cependant, dans ces coutumes, l'exécuteur put intenter les actions « pour raison des héritages, notamment la complainte, en cas de trouble dans sa possession », sauf contre l'héritier vrai possesseur ; il avait même les actions pétitoires (revendication, action hypothécaire, etc.). Notons en passant qu'à propos de la défense de l'exécuteur aux actions, non seulement des légataires, mais des créanciers de la succession pour dettes mobilières, l'exécuteur

(1) *Contra* : Bruxelles, 26 février 1818, Devil. V.2.358. Pour : Demolombe, n° 56.

(2) N°s 220 à 225.

devant dénoncer ces actions à l'héritier (1), la question se pose de savoir si les intérêts courent, au profit du créancier ou du légataire, du jour de la demande contre l'exécuteur ou du jour où cette demande a été dénoncée à l'héritier ? Nous étudierons la question plus loin ; disons que contrairement à Duplessis qui fixait les intérêts du jour de la dénonciation, Pothier déclare que l'héritier est mis en demeure par la demande à l'exécuteur qui les représente, comme le mineur l'est par l'interpellation à son tuteur, sauf à l'héritier à refuser de payer les intérêts antérieurs à la dénonciation tardive imputable à l'exécuteur. Tels sont les principaux effets de la saisine qui entraînent à leur suite des fonctions et des pouvoirs correspondants pour l'exécuteur.

Cessation de la saisine. — Elle cesse de plein droit par l'accomplissement de la volonté du défunt, même s'il se produit avant l'expiration du délai accordé par le testateur ou par la loi ; d'autre part, on ne peut obliger l'exécuteur à intenter des procès de durée supérieure à celle de la saisine et de ses fonctions (2). Le Code à la suite d'un certain nombre de coutumes, a même permis aux héritiers, seuls possesseurs de droit, de faire cesser la saisine de l'exécuteur testamentaire simple possesseur de fait, soit en lui offrant les sommes suffisantes pour le paiement des legs ainsi qu'il vient d'être dit, soit en justifiant de leur acquittement (art. 1027, C. civ.) ; mais la

(1) Pour lui éviter la tierce opposition dans l'avenir.

(2) Agen, 17 avril 1807, Dev. II. 2. 228.

présentation d'une caution sérieuse, admise du temps de Boutillier (1), ne suffirait plus, car l'offre de l'article 1027 est une offre réelle, équivalente au paiement, et non pas seulement verbale.

§ 2. — Actes ou mesures conservatoires.

C'est l'article 1031 du Code civil qui énumère à la fois les fonctions, les pouvoirs et les obligations de l'exécuteur testamentaire qu'il suppose toujours muni de la saisine ; car il parle de reddition de compte inapplicable à celui qui, n'ayant pas la saisine, n'a eu qu'une mission de pure surveillance et non de gestion ; et nous réservons l'étude très courte de cette dernière situation pour un paragraphe spécial, où il ne sera question ni de prise de possession de tout ou partie du mobilier, ni de manquement de deniers.

Cet article 1031, emprunté à Pothier (2), prévoit d'abord les mesures conservatoires que doit prendre l'exécuteur aussitôt après son entrée en fonctions : les scellés et l'inventaire ; nous y ajouterons, bien qu'il y ait controverse, le paiement des dettes. Ces mesures ont pour but, la dernière d'éviter des poursuites et des frais judiciaires ou autres, les deux autres de garantir aux héritiers du testateur l'intégralité de son patrimoine, en même temps que d'amoindrir la responsabilité de l'exécuteur et faciliter la reddition de son compte de ges-

(1) Boutillier, *Somme rurale*, ch. III, p. 603.

(2) Pothier, *Don. testam.*, ch. V, sect. I, art. III. § 1, 2 et 3.

tion ; car on détermine ainsi la consistance de la fortune mobilière du défunt.

A. — *Apposition des scellés, s'il y a lieu.*

Cette formalité n'est requise par la loi qu'autant qu'il « y a des héritiers mineurs, interdits ou absents ». Mais des divergences entre les auteurs apparaissent sur deux points : 1° A quel exécuteur s'applique l'article 1031, alinéa 1^{er}, à l'exécuteur avec saisine, ou à l'exécuteur avec ou sans saisine indistinctement ? 2° Comme l'apposition des scellés exige des héritiers mineurs, interdits ou absents, dans quels cas l'exécuteur sera-t-il tenu de cette formalité ? Ces deux questions sont connexes et doivent être résolues en même temps. Or quatre opinions se font jour sur cette controverse :

I. *Opinion de M. Pigeau* (1). — L'exécution testamentaire serait à son avis établie en faveur des légataires seuls, et il argumente ainsi en déclarant que les articles 910 et 911 du Code de procédure civile sont venus abroger l'article 1031, alinéa 1^{er} : « L'article 1031 du Code civil « dit que les exécuteurs testamentaires feront apposer les « scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou ab- « sents.... Si donc les héritiers mineurs ou interdits ont « des tuteurs, c'est à ceux-ci à faire apposer le scellé ; « cet exécuteur ne le peut pour eux, par argument des « articles 910 et 911 du Code de procédure.... desquels

(1) Pigeau, *La procédure civile des tribunaux en France*, 4^e éd., t. III, p. 614 et 615.

« il résulte que le ministère public ne peut requérir, ni
« le juge de paix apposer le scellé d'office, *quand le mi-*
« *neur a un tuteur....* Si la loi décharge ces officiers de
« ce soin, pourquoi l'exécuteur testamentaire en serait-il
« tenu ? Si l'héritier est *absent*, ce n'est pas non plus à
« cet exécuteur à agir pour lui, mais bien au ministère
« public et au juge de paix.... L'exécuteur ne peut donc
« *en aucun cas requérir le scellé pour les héritiers*, mais
« il le peut pour les légataires si ceux-ci ne le font pas. »
Pour déclarer que l'exécuteur n'est tenu dans aucun cas
de faire apposer les scellés, mais qu'il peut les faire ap-
poser pour les légataires dont il représente les intérêts,
M. Pigeau invoque « les motifs exposés par les orateurs du
« Gouvernement en présentant le titre des *Donations et*
« *testaments* : « quant aux legs particuliers (disent ces mo-
« tifs), on s'est conformé aux règles de droit commun...
« Il en est ainsi de celles qui concernent les exécuteurs
« testamentaires ». Or, dit-il, « autrefois il était de droit
« commun que l'exécuteur testamentaire ne pût faire ap-
« poser le scellé pour l'héritier, on n'a pas entendu lui
« donner cette fonction, et il ne peut l'exercer que pour
« les légataires. Il est même des cas où il ne le peut pour
« ceux-ci : 1° Lorsque le légataire a un tuteur (arg. des
« art. 910 et 911, C. proc.) ; 2° Si les légataires sont
« majeurs, présents et non interdits ; 3° Si on offre de re-
« mettre à cet exécuteur somme suffisante pour le paie-
« ment des legs mobiliers, ou si on lui justifie de ce paie-
« ment, parce qu'alors la saisine cesse » (art. 1027).

II. *Opinion de Marcadé.* — Sur l'autre point, un second auteur (1) déclare que l'*exécuteur saisi* est seul tenu d'apposer les scellés, parce que cette obligation, pour lui, est prescrite dans l'intérêt des héritiers incapables, non pas contre leurs cohéritiers, mais *contre les exécuteurs testamentaires* qui ne peuvent commettre de détournements et s'emparer du mobilier au préjudice de ces incapables, que dans le cas où ils ont la saisine. Car l'exécuteur saisi devra seul rendre compte ; d'où la défense qui lui est faite de prendre possession du mobilier avant la nomination à l'incapable d'un représentant légal. C'est donc bien que l'article 1031, alinéa 1^{er}, est une mesure de protection des héritiers incapables contre les actes seuls dangereux de l'exécuteur saisi. Telle est la raison de la distinction entre le cas où l'exécuteur est investi de la saisine et le cas où, non saisi, il n'a qu'une mission de pure surveillance.

III. 3^e *système de Troplong* (2). — Tandis que M. Pigeau dispensait dans tous les cas l'exécuteur testamentaire de faire apposer les scellés, parce qu'ils ne sont nécessaires qu'en présence d'incapables qui ont, pour remplir cette mission, des représentants légaux ou la justice, tandis que Marcadé bornait cette obligation au cas seulement où l'exécuteur a la saisine, parce que cette précaution ne serait prise que contre lui, — Troplong

(1) Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IV, 8^e éd., sur l'article 1031, n° 1.

(2) Troplong, *Donations et testaments*, 1^{re} éd., 1855, t. IV, nos 2020 et 2021.

prend la thèse opposée et déclare que l'existence ou non de la saisine est indifférente, mais que l'exécuteur est *toujours tenu de faire apposer les scellés dans tous les cas*, même en présence de représentants des incapables ; car, dit-il, « l'exécution testamentaire a été établie *dans l'intérêt du testament*, afin que la volonté du défunt sorte « son plein et entier effet. Donc l'exécuteur remplit sa « mission, lorsqu'il procède à des actes conservatoires « qui ont pour but de maintenir l'ordre et l'intégrité dans « les choses dont le testament a disposé. L'apposition « des scellés est un acte conservatoire de ce genre : elle « empêche que des mains indiscreètes, *quelles qu'elles soient*, ne s'emparent des meubles de la succession ou « n'en détournent une partie ». En ce cas, M. Troplong a raison de ne pas spécifier si c'est en faveur des légataires ou en faveur des incapables, ou même de tous les héritiers, ou contre ceux-ci ou contre les exécuteurs testamentaires que cette précaution est prise ; c'est dans l'intérêt de l'exécution exacte du testament. Il ajoute : « On peut avoir à redouter cette dilapidation de beau- « coup de personnes autres que l'héritier », par exemple des serviteurs infidèles si l'héritier est éloigné, de l'exécuteur lui-même, etc. Le législateur, à son avis, n'a voulu que prendre un surcroît de précautions au cas d'héritiers mineurs, en confiant ce soin aussi à leurs représentants légaux, sans enlever pour cela à l'exécuteur le droit de faire apposer les scellés. Il est nécessaire de laisser à l'exécuteur l'initiative, dans le cas par exemple où le

tuteur ne le pourrait ou ne le voudrait, et alors même qu'il y aurait offre de consignation par l'héritier, auquel cas *l'exécuteur privé de la saisine* conserve la charge de veiller à l'exécution du testament (malgré un arrêt de Bruxelles du 16 mars 1811, Devil. III.2.446). « Il me semble, dit-il, que le droit de faire apposer les scellés est « indépendant de la saisine donnée à l'exécuteur testa-
« mentaire, il n'autorise qu'à faire un acte conservatoire
« qui, dans certains cas, peut être requis par des étran-
« gers, par les serviteurs et domestiques du défunt, par
« des personnes enfin qui n'ont rien à prétendre sur la
« succession. » Ce dernier raisonnement est celui de la majorité des auteurs qui, sans s'occuper de savoir si l'exécuteur a ou non la saisine, sont cependant moins absolus que M. Troplong et n'exigent l'apposition des scellés par les soins de l'exécuteur saisi ou non, qu'en l'absence de représentants légaux des incapables, qu'il s'agit surtout, mais non uniquement, de protéger. De là un :

IV. 4^e *système mixte*. — Les articles 910 et 911 du Code de procédure n'ont pas abrogé l'article 1031, car ces articles ne renferment pas une prohibition, mais une faculté ; *l'exécuteur a toujours le droit* de faire apposer les scellés dans tous les cas, qu'il ait ou non la saisine ; ces articles ont seulement apporté au nôtre une amélioration nécessaire. Le titre du Code de 1806, consacré aux scellés, n'est *que le complément* indispensable, et non l'abrogation des règles trop sommaires des arti-

cles 819 et 1031 du Code civil de 1803 ; de cette conciliation, on conclut que « l'exécuteur testamentaire ne devra requérir l'apposition des scellés dans l'intérêt des héritiers mineurs ou interdits *que s'ils ne sont pas pourvus de tuteurs* (1) » et qu'ils n'ont ni père ni mère, ajouterons-nous, ce qui est d'ailleurs sous-entendu dans le mot tuteur. « De plus pour les légataires, l'apposition des scellés est toujours nécessaire, que les héritiers soient majeurs ou non, présents ou absents ; en vertu de l'article 910 du Code de procédure ils conservent le droit de requérir *directement* l'apposition des scellés », si les représentants des incapables n'agissent pas, « *que l'exécuteur ait ou non la saisine*. Si l'exécuteur est en présence d'héritiers tous capables et présents, il gardera le droit de requérir les scellés comme protecteur des légataires, et mandataire du défunt, chargé d'exécuter le testament (2) ». Pour conclure, nous dirons que la loi a considéré suffisamment protégés les légataires qui, en dehors de la saisine conférée par le défunt à l'exécuteur pour veiller à leurs intérêts, ont encore le droit de demander eux-mêmes l'apposition des scellés « s'ils n'ont pas une confiance assez large en l'exécuteur testamentaire », dit M. Colmet de Santerre

(1) Boitard, *Leçons de procédure*, revues par Colmet-Daage, n° 1132 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 330, note a ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 176 *bis*, II. *Contra* : Demolombe, t. 22, n° 61 ; Laurent, t. XIV, n°s 353-354.

(2) Boitard, *op. cit.* *Contra* : Marcadé sur l'art. 1031 ; Troplong, *op. cit.*, Aubry et Rau, t. VII, p. 451, § 711.

(*loc. cit.*). Ainsi l'apposition des scellés est nécessaire s'il y a des héritiers mineurs, absents ou interdits ; elle est seulement utile et possible si les mineurs ont des tuteurs et dans tous les autres cas où l'intérêt des légataires l'exige, sauf à ces derniers à provoquer eux-mêmes cette mesure (Voir aussi Huc, *op. cit.*).

B. — *Deuxième mesure conservatoire : — Inventaire obligatoire.*

« Les exécuteurs testamentaires feront faire, dit l'article 1031, al. 2, en présence de l'héritier présomptif, ou lui dûment appelé, l'inventaire des biens de la succession. » Déjà, d'après Pothier, la première obligation de l'exécuteur qui a accepté est de faire l'inventaire des effets de la succession « dont il n'est saisi que par ce moyen ; il ne doit point s'immiscer auparavant que pour choses urgentes, comme pour ce qui concerne les obsèques du défunt ». Cet inventaire doit être *contradictoire avec l'héritier* présomptif ou lui dûment appelé ; c'était la tradition (1), l'inventaire se faisait « avec les héritiers, s'il y en a d'apparents dans le baillage ; à défaut en présence du procureur du roi ou autre officier du ministère public du domicile du testateur lors de son décès ».

L'inventaire doit comprendre tous les biens héréditaires ; car les mots « biens de la succession » comprennent, non seulement le mobilier, dont l'exécuteur est res-

(1) Furgole, *Testaments*, IV, ch. X, sect. IV, n° 27 ; Pothier, t. VIII, p. 288-290, nos 226-227.

ponsable quand il a la saisine, mais aussi les biens immeubles qui ne doivent pas être soustraits à l'inventaire, car *tout le patrimoine est affecté à l'exécution* du testament, les forces totales de la succession doivent être connues (1). De plus il y a intérêt réciproque de l'exécuteur dont l'inventaire est une garantie de loyauté et de non-détournement pour l'héritier, et de ce dernier qui saura de quoi l'exécuteur sera comptable ; ce sera aussi pour éviter le détournement par l'un des héritiers au préjudice des autres. Ainsi cette exigence du législateur s'explique par l'intérêt des héritiers à ne plus craindre les malversations de l'exécuteur et de tous autres, et par l'intérêt de celui-ci à ne plus risquer d'être poursuivi après la cessation de ses fonctions : il vaut mieux connaître exactement la nature et la consistance des biens du défunt, d'où la nécessité d'y appeler l'héritier d'une part, et de l'autre la possibilité pour l'héritier de devancer l'exécuteur pour y procéder également (2).

I. — *Quid de la dispense d'inventaire.* — Ici se place cette controverse : *Le testateur peut-il dispenser son exécuteur testamentaire de l'obligation de faire inventaire ?*

a) *Affirmative.* — Dans le silence de la loi, cette question soulève encore aujourd'hui des discussions. Dans l'ancien droit, pour Bacquet (3) et Pothier avec d'autres

(1) Demolombe, t. 22, n° 62 ; Laurent, t. XIV, n° 356 ; Troplong, t. IV, nos 2022 et 2023 ; Baudry et Colin, t. II.

(2) Bruxelles, 9 août 1808, Devil., II. 2. 425. Furgole, *op. cit.*, n° 27.

(3) Bacquet, *Droit de bâtardise*, ch. XVII, n° 17 ; Pothier, *Don. test.*, ch. V, sect. I, art. III, § 1.

la faculté n'existait pas pour le testateur de dispenser son exécuteur de cette obligation de faire inventaire, parce qu'il « tient de la loi la saisine des biens de la succession, et non du testateur, il ne peut donc l'exercer que sous les conditions auxquelles la loi la lui accorde ». Et il énonçait la doctrine contraire professée par Ricard (1) et Furgole : « Ricard le pense, disait-il ». Le testateur, d'après ces auteurs, pouvait léguer à son exécuteur tous ses meubles, à plus forte raison, pouvait-il le dispenser de l'inventaire qui est un moindre avantage ; il y a analogie, disaient-ils, avec la dispense de faire inventaire accordée par le testateur au tuteur testamentaire (loi fin., Cod. arb. tutor.) ; toutefois Furgole exigeait, pour admettre cette dispense, qu'il n'y eût pas de dettes passives de la succession. Leur théorie a été suivie aussitôt par Merlin, Delvincourt, Toullier, Duranton, Massé et Vergé sur Zachariæ, Coin-Delisle et Troplong (2) ; de nos jours par MM. Aubry et Rau et Colmet de Santerre (3). Aux arguments reproduits de Ricard, c'est-à-dire l'analogie avec la dispense accordée au tuteur testamentaire et l'application de la maxime

(1) Ricard, *Donations*, II^e partie, ch. II, glose 7, n^o 87 ; Furgole, *Testament*, IV, ch. X, sect. 4, n^o 27.

(2) Merlin, *Rép.*, V^o *Exécuteur testam.*, n^o 4 ; Delvincourt, t. II, p. 96, n^o 2 ; Toullier, t. V, n^o 604 ; Duranton, t. IX, n^o 406 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 258 et 491, note 9 ; Coin-Delisle sur l'art. 1031, n^o 3 ; Troplong, t. IV, n^o 2023.

(3) Colmet de Santerre, t. IV, n^o 176 *bis*, X ; Aubry et Rau, t. VIII, § 711, p. 451 et 457, notes 18 et 46.

« Qui peut le plus peut le moins » dont les conséquences sont bien peu sûres, ces auteurs ajoutent que le testateur, ayant choisi l'exécuteur testamentaire à cause de sa pleine confiance en sa probité, s'en rapporte absolument, pour l'exécution de son testament, à sa bonne foi et à son honneur (1).

Mais, s'ils sont d'accord sur le principe, les partisans de cette doctrine se divisent dans l'application et les conditions d'exercice de cette dispense. Dans le silence du Code, ce sont les mêmes auteurs (Delvincourt, Duranton) qui adoptent l'extension de la saisine, et au delà de l'an et jour, et même sur les immeubles, en vertu de la faculté donnée au disposant d'étendre les pouvoirs de son exécuteur, ce sont les mêmes qui admettent pour lui la faculté de libérer ce dernier, qu'il a honoré de son choix, de l'obligation de faire inventaire. Mais :

1^o Les uns ne déclarent la dispense valable qu'autant que l'exécuteur testamentaire est *capable de recevoir et qu'il n'y a pas d'héritiers à réserve* : car, disent-ils, s'il y a des héritiers réservataires, l'absence d'inventaire crée une impossibilité de reconnaître les legs excessifs ; et l'incapacité de recevoir chez l'exécuteur serait un moyen détourné de recueillir des libéralités malgré la loi. Dans tous les autres cas, on admettra la dispense par le testateur de faire inventaire (2).

(1) *D. Alph.*, n^o 4076 ; Marcadé sur l'article 1031, III, n^o 158.

(2) Delvincourt, t. II, p. 96, note 2 ; Toullier, *op. cit.*, n. 604 ; Duranton, *op. cit.*, n^o 406.

2° D'autres ont soutenu que le testateur peut *imposer aux gratifiés de ne pas faire inventaire*, mais seulement dans le cas très spécial où l'exécuteur est capable de recevoir et où le disposant n'a pas laissé de dettes, et toujours en l'absence d'héritiers réservataires. C'est la théorie de Furgole reprise par Merlin (1) et par un arrêt de jurisprudence ; cette opinion est d'ailleurs à peu près abandonnée ; ce n'est plus une dispense, mais une défense de faire inventaire.

3° Enfin la dernière opinion est celle qui réunit encore aujourd'hui plusieurs de nos éminents juristes (2) après avoir été la théorie d'un grand nombre d'autres au cours de ce siècle, notamment des auteurs cités plus haut comme partisans de la dispense d'inventaire (Coin-De-lisle, Massé et Vergé, Troplong, etc.). Dans cette théorie plus moderne, l'exécuteur testamentaire *peut toujours être dispensé* de faire rédiger l'inventaire, mais le testateur ne peut jamais défendre qu'un inventaire soit dressé ; aussi, en admettant la validité de cette dispense, ces auteurs réservent aux héritiers et aux légataires universels, qui sans cela seraient indirectement privés du droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire, la faculté de faire dresser cet inventaire à leurs frais comme seuls intéressés. Peu importe d'ailleurs que les héritiers soient ou non réservataires, ou que l'exécuteur soit capable de recevoir : du

(1) Furgole, *op. cit.* ; Merlin, *op. cit.*, *Ex. test.*, 4°. Nîmes, 23 mai 1865, S. 65.II.285.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 451, note 18 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IV, n° 176 bis X.

moment où les intéressés peuvent prendre leurs précautions et où, par ces mesures, cette défense de faire inventaire n'est plus possible ou peut être enfreinte, il n'y a plus à craindre ni détournement, ni avantage indirect résultant de cette défense préjudiciable aux héritiers et qui entraînerait souvent la dispense de rendre compte de sa gestion. Sans doute, l'exécuteur pourrait se voir conférer la pleine propriété du mobilier ; mais, puisque par hypothèse, le testateur ne l'a pas fait, les héritiers, c'est-à-dire les *propriétaires mêmes de ce mobilier* dont l'exécuteur, simple détenteur précaire, leur devra compte s'ils acceptent la succession, doivent pouvoir en faire constater l'importance. S'il y a eu à la fois dispense de faire inventaire et de plus dispense de rendre compte du mobilier à la fin de la saisine, ce qui nécessiterait la capacité de recevoir chez l'exécuteur et l'absence de réservataires, cette clause, de l'avis des mêmes auteurs et de beaucoup d'autres et d'arrêts (1), est *radicalement nulle*. On arrive ainsi jusqu'à décider que la levée des scellés et la confection de l'inventaire, en cas de contestations sur le point de savoir à la requête de qui ces mesures auraient lieu, seraient exécutées à la requête de l'héritier et de lui seul (2). En résumé, par des atténuations successives, cette dernière opinion réduit la dispense d'inventaire à une simple possibilité ; nous préférons la doctrine ad-

(1) Citons comme auteurs d'opinions adverses sur les autres points, Demolombe, V, n° 119 ; Troplong, n° 2028. Douai, 23 juin 1846, D. 46.II.155.

(2) Bruxelles, 9 août 1808, D. *Répert., Dispos. entre vifs et test.*, t. XVI, n° 4071 déjà cité.

verse qui, basée sur la tradition de Pothier après Bacquet, repousse carrément toute dispense d'inventaire.

b) *Négative*. — La doctrine qui refuse au testateur la faculté, non seulement de défendre la confection d'un inventaire, mais même simplement de dispenser de cette confection sans l'interdire, réunit aujourd'hui de très nombreux suffrages (1) dans la doctrine, qui a cependant une tendance, ainsi que la jurisprudence (2), à élargir en notre matière les pouvoirs du testateur. C'est que l'inventaire est une des garanties que la loi accorde aux héritiers à l'encontre de l'exécuteur : la supprimer serait porter atteinte aux droits des héritiers, en même temps que sortir des limites que la loi a déterminées ; car l'exécution testamentaire a le caractère d'un mandat de nature spéciale que le mandant ne peut donner que dans les conditions et avec l'étendue que le *législateur* a cru devoir déterminer.

Nous avons dit que les raisons diverses invoquées par les partisans de la dispense ne sont pas probantes : l'argument tiré de la maxime « qui peut le plus peut le moins » est très vague et l'on ne tient pas compte en usant de la volonté du testateur qui a voulu un exécuteur testamentaire, non pas un légataire du mobilier ; de plus

(1) Après Pothier, Grenier, n° 337, titre I, ch. III, p. 769 ; Favard, *Rép. Alph.*, V° *Exécuteur test.*, n° 7 ; Vazeille sur l'art. 1031, n° 14 ; Bayle-Mouillard, t. III, n° 337 ; Taulier, t. IV, p. 169 ; Depuis : Demolombe, t. XXII, n° 63 ; Laurent, t. XIV, n° 358 ; Baudry et Colin, t. II ; Planiol, t. III, p. 803.

(2) Bruxelles, 22 juillet 1891, J. B. 91, n° 1092 ; Adde : Marcadé sur art. 1031, n° 3.

elle ne porte que partiellement, puisqu'elle ne vise que le mobilier et que de l'avis général l'inventaire doit porter sur tous les biens meubles et immeubles de la succession. On pourrait arguer aussi de la diversité des distinctions établies ; mais ce ne serait qu'une défense, non une réfutation. Quant à l'analogie avec la dispense accordée au tuteur testamentaire, elle ne doit pas non plus nous arrêter ; en effet la charge d'exécuteur est un office d'ami, les fonctions n'en sont que vaguement définies, beaucoup d'initiative est laissée au testateur dans les limites de la loi pour choisir une personne qui détiendra la fortune du défunt à l'encontre du droit de propriété des héritiers. En cas de tutelle, rien de semblable : la loi détermine très rigoureusement les pouvoirs et les obligations du tuteur testamentaire qui est souvent un parent, mais est forcé de subir cette mission légale ; il se verra entouré de précautions pour qu'il ne puisse empiéter sur les pouvoirs à lui accordés ; pour tous les actes un peu importants, il aura derrière lui conseil de famille et même tribunaux ; de plus il représentera le véritable propriétaire, l'héritier incapable, dont il devra défendre les intérêts sous une responsabilité très grande. On comprend alors que la loi ait permis au testateur, qui choisit cet homme de confiance pour défendre des intérêts plus chers que ceux de légataires particuliers, puisque ce sont ceux de ses propres enfants, de le dispenser de faire inventaire ; d'autant plus qu'à raison de la surveillance qui l'entoure, ce tuteur aura tout intérêt à bien fixer sa responsabilité

par la confection d'un inventaire. Ici l'exécuteur qui ne dresse pas inventaire peut abuser de la situation que lui a faite le testateur ; car il est en possession de tout le mobilier, et si l'héritier tarde un instant à faire lui-même les frais de cet inventaire, le détournement sera bien difficile à prouver. Les deux situations sont donc bien diverses ; et précisément ces auteurs ajoutent eux-mêmes que le testateur s'en rapporte pour l'exécution du testament à la bonne foi et à la probité de l'exécuteur qu'il a choisi ; le tuteur choisi par le défunt sera obligé par les mesures légales à bien défendre les intérêts de ceux qu'il représente. Quoi de plus opposé ?

La raison donnée le plus ordinairement pour réfuter l'opinion qui admet la dispense d'inventaire est celle-ci (1) : « Donner à des exécuteurs testamentaires la possession de son mobilier en les dispensant de l'inventaire d'abord et d'en rendre compte plus tard, c'est leur permettre de faire de ce mobilier ce qu'ils voudront, d'en disposer en maîtres et comme ils l'entendront ; c'est donc en réalité les en rendre propriétaires, avec simple prière d'en remettre ce qu'ils ne croiront pas devoir employer ou garder. C'est donc là, dit-on, sous des expressions impropres un véritable legs qui est valable, comme tout autre, s'il ne dépasse pas le disponible et ne s'adresse pas à des personnes incapables de le recevoir. » Ceci est inexact ; même avec la dispense de faire inventaire,

(1) Marcadé sur l'art. 1031, n° 158 ; Vazeille sur l'art. 1031, n° 14 ; Demolombe, t. XXII, n° 63.

même avec celle de rendre compte, la saisine n'est conférée à l'exécuteur testamentaire qu'afin que le mobilier soit employé à l'exécution des divers legs, ce qui est le but de l'exécution ; cette saisine, dont nous avons assez longuement étudié la nature et l'étendue, est essentiellement *exclusive de propriété*. Qu'indépendamment d'elle le testateur veuille, dans les limites que nous avons définies, faire de son exécuteur un légataire, les deux choses n'en restent pas moins bien distinctes, d'un côté une libéralité permise qui, elle, exige la capacité de recevoir, de l'autre une mission de confiance pour laquelle on admet un présent modique ou diamant, question tout à fait secondaire. Mais il est plus vrai de dire que le testateur ne peut en aucun cas dispenser l'exécuteur testamentaire de faire inventaire, même si sa mission rendait l'inventaire inutile, du moins pour la partie mobilière.

On évite ainsi les distinctions arbitraires de la théorie adverse, qui tantôt exige l'absence de réservataires, tantôt la capacité de recevoir que nous écartons complètement, ou bien encore qui va jusqu'à admettre le droit exorbitant pour le testateur de défendre qu'un inventaire fût dressé. MM. Aubry et Rau et Colmet de Santerre ont si bien reconnu la faiblesse de ces distinctions qu'ils les repoussent catégoriquement : d'une part, ils nient la possibilité de toute défense faite par le testateur, de l'autre ils lui donnent la *faculté* et le droit de dispenser dans tous les cas de faire dresser l'inventaire.

La vérité est que l'on oublie trop la situation précaire

de l'exécuteur, détenteur de fait et non de droit, en vertu de la volonté posthume du défunt il est vrai, mais en présence de véritables propriétaires, des héritiers ou légataires universels, pour lesquels il administre temporairement une partie de leurs biens. Comme le dit fort bien Marcadé (*loc. cit.*), « tout ce que pourra faire le « testateur, c'est de léguer à l'exécuteur le reliquat de « son compte. De cette manière, si l'exécuteur, *après* « *que son compte est rendu et arrêté* (ce qui écarte toute « dispense), se trouve redevoir à la succession, il garde « à titre de legs la somme qu'il doit, mais on n'a plus « cette idée monstrueuse en droit, *d'un administrateur* « *qui n'a pas de compte à rendre au maître des biens* « *qu'il administre* ». Telle est, à notre avis, la vraie raison qui doit nous faire repousser toute dispense d'inventaire : ce n'est pas cette idée qu'il y aurait là un legs illimité, c'est cette autre que l'exécuteur n'est qu'un administrateur précaire, subi par le véritable propriétaire comme une condition à la succession de son auteur, mais qui n'en doit pas moins compte de sa gestion à ce propriétaire et possesseur véritable. Or, comment établir ce compte sans inventaire, sans bases vraiment solides d'appréciation ?

Donc régulièrement, il faut un inventaire, l'exécuteur y est le premier intéressé ; car, s'il ne le fait pas avant d'entrer en possession, non seulement les héritiers pourront en provoquer la confection eux-mêmes, mais comme sanction au défaut d'inventaire, ils pourront établir la

consistance des biens héréditaires par tous les moyens possibles, même par la commune renommée, par argument des articles 1415 et 1442, dans le cas de communauté conjugale (consistance du mobilier non inventorié), et par analogie avec l'usufruitier qui n'a pas fait inventaire des biens sujets à son usufruit. Ceci peut entraîner pour l'exécuteur des responsabilités qu'il n'aurait pas encourues s'il avait fait inventaire.

II. *Choix des officiers ministériels pour l'inventaire, notamment du notaire* : Comme conséquence de l'obligation à l'inventaire, l'exécuteur testamentaire a, en général, le choix des officiers publics (notaire, commissaire-priseur ou greffier, etc.), qui devront faire l'inventaire et l'estimation, et la vente, s'il y a lieu, des effets mobiliers. En tous cas, un testateur peut attribuer à son exécuteur la nomination du notaire pour la confection de l'inventaire (1). Dans notre ancien droit, on attribuait ce choix, en l'absence même de disposition du testament, à l'exécuteur testamentaire, et la jurisprudence ancienne de ce siècle ainsi qu'un certain nombre d'auteurs, donnaient à l'exécuteur seul le droit absolu de choisir ces officiers (2), sauf aux héritiers ou autres parties intéressées qui n'approuveraient pas le choix de l'exécuteur à nommer d'autres officiers publics pour opérer conjointement.

(1) Gand, 8 février 1838, D. J. G., *Dispos. entre vifs et test.*, t. XVI, n° 4074, aff. Verspeyen, n° 429.

(2) Paris, 6 février 1806, Dev. Coll. nouv., VI. 2.112 ; Gand, arrêt précité. Pothier, *loc.cit.* ; Toullier, t. V, n° 584 ; Malleville sur l'art. 1031 ; Duranton, t. IX, n° 405 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 451, note 19.

tement avec ceux qu'il aurait désignés. Cette opinion est à peu près délaissée, sauf par MM. Aubry et Rau qui, après Duranton, y apportent un palliatif, en exceptant le cas où il y a des héritiers réservataires qui ont seuls le choix.

Nous dirons avec la jurisprudence nouvelle et la presque unanimité des auteurs qu'en l'absence de clause du testament et en cas de désaccord entre les héritiers et l'exécuteur pour le choix des officiers ministériels et notamment du notaire chargé de l'inventaire et de la liquidation, c'est le Président du Tribunal du lieu de l'ouverture de la succession qui nomme d'office un ou deux notaires dans ce but. La Cour de Bordeaux (1) avait été trop loin en jugeant que l'exécuteur n'est pas en droit d'imposer aux héritiers légitimes et aux légataires universels le notaire de son choix à l'effet de procéder à l'inventaire; cette décision ne tient aucun compte de l'article 955 du Code de procédure civile, suivant lequel, en cas de désaccord entre le conjoint commun en biens, les héritiers, *l'exécuteur testamentaire* et les légataires, le président nomme d'office les notaires et autres officiers (2), avec un pouvoir discrétionnaire mais non arbitraire et de pur caprice. Mais le droit de requérir cette

(1) Bordeaux, 15 avril 1835, D. *Rép.*, V° *Notaire*, n° 361. — Aussi D. P., 35.II.112.

(2) Vazeille sur l'article 1031, n° 3; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 331, note e; Coin-Delisle, art. 1031, n° 1; Laurent, t. XIV, n° 357; Demolombe, t. XXII, n° 64. — Cass., 26 janvier 1886, D. 86.I.241.

nomination appartient à chacun des intéressés également.

Pendant longtemps, entre deux notaires, le juge donna la préférence au plus ancien ; aujourd'hui il doit s'inspirer de la qualité et du degré d'intérêt des ayants droit consultés : or presque toujours l'intérêt des parties est que l'inventaire soit reçu par le notaire du lieu où la succession s'est ouverte, lequel est d'ordinaire aussi le notaire du défunt et son conseil ; dans la majorité des cas, ce sera le notaire du lieu de l'ouverture de la succession qui sera choisi (1), surtout s'il est en même temps le notaire de l'exécuteur, et restera gardien de la minute. Souvent aussi se trouvent là les plus importantes des forces de la succession et ce choix n'est nullement contraire à l'intérêt de l'héritier (2-3). L'ancienneté d'ailleurs sera encore prise en considération lorsque plusieurs héritiers ayant des droits égaux se disputent le choix de l'officier public, ou qu'aucune autre circonstance ne commande un autre choix (4).

Telles sont les deux formalités conservatoires imposées à notre mandataire, mais il s'y joint plusieurs mesures qu'il peut prendre, et en général toutes les mesu-

(1) Paris, 31 juillet 1873 et 14 juillet 1881, voir *Revue du Notariat*, nos 4457 et 6269.

(2) Paris, 31 décembre 1885, *Revue du Notariat*, n° 7253. — Ordonnance de référé de Troyes, 20 juillet 1883.

(3) Référés, trib. de Versailles, 15 mars 1895. — Cour de Paris, 30 mars 1895, S. 96.II.96, *Revue du Notariat*, n° 9383.

(4) Bruxelles, 11 juillet 1876, *Pasicrisie belge*, 76.II.441.

res qui lui paraîtront nécessaires pour l'exécution du testament.

C. — *Autres mesures conservatoires ; controverse
pour le paiement des dettes.*

a) *Trois cas.* — Parmi les autres mesures que les scellés et l'inventaire, que ne doit pas forcément prendre, mais que peut prendre l'exécuteur, citons les trois suivantes :

1° En cas d'insuffisance du mobilier, il peut, pour assurer le droit de préférence des légataires et le paiement des legs, prendre l'inscription sur les immeubles de la succession, conformément aux articles 1017 et 2111 du Code civil, du *privilege de la séparation des patrimoines* (1) ; de ce que les légataires ont le droit de la prendre eux-mêmes, on n'en doit pas conclure que l'exécuteur ne le peut pas si elle doit assurer l'exécution du testament ;

2° En cas de *vacance de la succession* (2) il provoque la nomination d'un curateur et fait ordonner contrairement avec lui la délivrance et le paiement des legs ;

3° Enfin, « bien que l'exécuteur ne doive entrer en fonctions qu'au décès d'un tiers institué légataire universel en usufruit, il peut néanmoins, du vivant de ce

(1) Duranton, t. IX, p. 395, n° 417 ; Demolombe, n° 66 ; Laurent, t. XIV, n° 359 ; Aubry et Rau, t. VII, p. 452, § 711-3°.

(2) Demolombe, t. XXII, n° 66 ; Duranton, t. IX, n° 216.

légataire universel, faire tous les actes conservatoires intéressant l'exécution testamentaire. Il peut notamment exiger du légataire universel usufruitier, la caution à laquelle l'article 601 du Code civil soumet tous les usufruitiers. En tout cas, il appartient au juge d'interpréter ainsi les clauses du testament, en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation (1). »

c) *Du paiement des dettes. — Mandat spécial exigé.* — Parmi les mesures conservatoires que l'exécuteur peut prendre, doit-on faire rentrer le paiement des dettes ? Tout d'abord la réalisation de valeurs nous paraît possible en vue de l'acquittement des droits de mutation, du moins sur une autorisation de justice (2) ; mais cette sorte de dette envers l'Etat ne peut guère être comparée à toute autre dette, de même que les contributions qui peuvent être dues au décès et demandent urgence.

En dehors de ces dettes spéciales que l'héritier peut acquitter aussi bien que l'exécuteur, ce dernier a pour mission l'acquittement des legs ; a-t-il aussi celui des dettes ?

Dans l'ancien droit coutumier, nous voyons Beaumanoir (XIII, nos 32 et 58) exiger l'indication précise des dettes du défunt, une sorte d'affirmation des créances pour en faciliter le paiement par l'exécuteur qui y serait donc tenu ; plus tard, on considère cette clause comme sous-entendue et comme faisant partie de l'exécution

(1) Cour d'Orléans, Couché Cartier c. Réveillechien, 19 juin 1884, *Revue du Notariat*, 1884, n° 6997.

(2) Ainsi jugé Paris, 1^{er} octobre 1873, D. 74.II.187.

« testamentaire (1) » ; cependant des divergences se produisent déjà, et Bourjon (n° 29) et Furgole (n° 36) déclarent que l'exécuteur n'a pas ce pouvoir s'il n'a pas été à lui attribué par le testateur ou l'ordre de la coutume ; aussi Furgole cite les coutumes dans lesquelles ce pouvoir d'acquitter les dettes était accordé au mandataire du défunt. Bacquet (2), en se prononçant dans le même sens, ajoute : « à moins que les dettes ne portent *obstacle* à « *l'exécution des dispositions* du testament, par exemple « s'il y a saisie-arrêt des effets héréditaires, auquel cas « l'exécuteur devra payer les dettes passives » .

Ricard (2), reprenant avec plus de netteté l'opinion de Furgole, déclare que le paiement des dettes ne rentre nullement dans la mission des exécuteurs qui ne sont tenus de payer qu'à cause des saisies-arrêts des créanciers, ou des contraintes et autres voies de coercition que l'Etat pratique pour ce qui lui est dû.

Cette décision est presque unanimement suivie par nos jurisconsultes modernes qui, dans le silence du Code, suivent l'ancienne jurisprudence et législation. En fait l'exécuteur fera ces paiements, car il ne peut acquitter les legs qu'après désintéressement complet des créanciers, sauf à requérir l'autorisation de l'héritier ou de justice pour faire ce paiement soit sur les deniers existants, soit sur le mobilier. Cependant l'on ne peut prétendre que le

(1) Pothier, art. 2, § 2 ; Orléans, art. 291 ; Berry, titre 18, art. 22 ; Melun, art. 254 ; Sens, art. 77, etc.

(2) Renvoi double : Bacquet, *Droits de justice*, ch. XXI, n° 164 ; Ricard, titre I, 2^e partie, ch. II, 81.

paiement des dettes concerne l'exécution du testament, bien que l'héritier ne soit appelé à faire ce paiement que dans des cas exceptionnels au cours de l'exécution.

Mais l'opinion générale valide le *mandat spécial donné par le testateur* à son exécuteur *d'acquitter les dettes de sa succession*, toujours à la condition d'obtenir l'autorisation de l'héritier ou du tribunal par jugement ayant acquis l'autorité de la chose jugée contre ce dernier (1). Cependant il y a des divergences entre les auteurs pour les dettes contractées par le défunt lui-même et dont plusieurs refusent d'autoriser le paiement par l'exécuteur (2), et surtout la vente à cet effet des meubles ou des immeubles de la succession. L'exécuteur peut toujours payer les dettes faites pour l'accomplissement du testament, dettes le plus souvent privilégiées, telles que frais funéraires, frais de scellés, d'inventaire et de vente, qu'il portera en compte de gestion (3), sauf demande de réduction par l'héritier si elles lui paraissent excessives.

(1) Bruxelles, 4 juin 1832, *D. Alph.* n° 4090. Coin-Delisle et Vazeille sur art. 1031, nos 6 et 11; Toullier, t. V, n° 591 et les auteurs cités au Dalloz.

(2) Aubry et Rau, t. VII, § 711-2°, p. 450 à 451; Demolombe, t. XXII, nos 88 et 89; Massé et Vergé.

(3) Notamment Duranton, t. IX, n° 414; Massé et Vergé, § 490, note 27.
— *Contrà*, quant aux frais funéraires: Laurent, t. XIV, n° 372.

§ 3. — Exécution des dispositions du testament en général. Acquiescement des legs mobiliers, vente des meubles et des immeubles s'il y a lieu ; autres pouvoirs.

Nous abordons ici les fonctions normales de tout exécuteur testamentaire, et qui ne donnent lieu à aucune difficulté dans la jurisprudence et dans la doctrine, si ce n'est pour la question de la vente des immeubles. Le devoir général de ce mandataire spécial est de veiller à l'exécution du testament ; tant que le testament n'est pas exécuté complètement et qu'il reste encore à accomplir une seule des volontés du testateur, la mission de l'exécuteur continue, mais son droit n'est plus qu'une mission de pure surveillance, de défense de l'œuvre du testateur et de la sienne propre, accomplie en réalité pendant l'an et jour, délai légal de la saisine. Pendant cette courte période, il a dû procéder à l'apposition des scellés et à l'inventaire, à l'acquiescement des legs mobiliers et à cet effet à la réalisation ou au recouvrement de l'actif mobilier jugé nécessaire, enfin à l'accomplissement des diverses volontés du défunt en même temps qu'à l'exercice des actions de la succession ; il doit pour en finir rendre son compte de gestion à l'héritier ou au légataire universel pour le compte de qui il a possédé.

A. — *Acquiescement des legs mobiliers et vente des meubles s'il y a lieu.*

L'exécuteur a pour première mission d'assurer l'ac-

quittement des legs mobiliers laissés par le défunt ; nous avons vu qu'il n'a qu'une pure mission de contrôle sur les legs d'immeubles et peut seulement prendre les garanties exigées et suffisantes, mesures conservatoires (inscription). Cet acquittement occupe le premier rang dans les volontés du défunt qui a nommé un exécuteur pour hâter le paiement de ces charges de son patrimoine auxquelles auraient pu apporter des entraves par leur mauvais vouloir l'héritier légitime ou le légataire universel frustré en totalité ou en partie.

Saisi du mobilier, l'exécuteur doit acquitter les legs mobiliers : délivrance des meubles héréditaires *en nature* aux légataires, s'il y a lieu ; paiement des legs de sommes d'argent *sur le numéraire* de la succession ; et en cas d'insuffisance, il provoquera la vente du mobilier, non à l'amiable, mais par des officiers publics dont le choix lui appartient en général (C. civ., art. 1031, al. 3) « à défaut de deniers suffisants pour acquitter les legs ».

Mais le législateur protège aussi les héritiers et légataires universels, qui sont exclusivement les vrais débiteurs de ces libéralités, en défendant à l'exécuteur testamentaire de payer aucun legs sans le consentement amiable ou même forcé des successeurs universels du défunt, et les réclamations des légataires particuliers ne seront justifiées ou repoussées qu'en leur présence (1). D'où intervention forcée de l'héritier au procès intenté

(1) Demolombe, t. XXII, n° 68, après Ricard, n° 79, t. I ; Furgole, n° 47 et Merlin, V° *Ex. Test.*, IV.

contre l'exécuteur par un légataire ou même par un donataire entre vifs, dont la donation est attaquée en réponse à la mise en doute du titre d'exécuteur par le donataire (1) ; donc, le jugement pour lequel n'ont pas été mis en cause les héritiers ou légataires universels *ne peut leur nuire*.

Au contraire la Cour de cassation (2) a décidé que l'arrêt rendu contre un exécuteur testamentaire *doit profiter* aux héritiers et *légataires* non mis en cause ; mais en l'espèce l'héritier avait agi de concert avec l'exécuteur pour demander l'annulation du testament pour démence du testateur, il avait donc acquiescé au jugement, et les autres légataires en profitaient. En sens inverse, la décision rendue *contre un légataire* au profit de l'exécuteur, mandataire présumé de l'héritier, profite aux héritiers quoique non appelés au procès. Pourquoi cette différence ? Elle s'explique par la nature de l'exécution testamentaire.

L'exécuteur testamentaire n'est chargé que de l'*exécution matérielle* de la disposition, que de la *délivrance de fait* ; on doit en conclure que c'est au seul héritier, saisi de la *propriété et aussi de la possession de droit* des choses héréditaires, qu'il appartient de faire la délivrance de droit, qui implique l'approbation du legs. C'est contre lui que doit être formée la demande en délivrance, il donnera à l'exécuteur l'ordre de payer. On comprend alors que l'arrêt rendu contre l'exécuteur sans mise en cause

(1) Bruxelles, 2 pluviôse an XIII, *D. Alph.*, n° 4078.

(2) Cass., 5 décembre 1831, S. 32.I.360.

de l'héritier ne nuise pas à celui-ci, et qu'au contraire l'arrêt rendu au profit de l'exécuteur mandataire du fait de l'héritier profite à ce dernier sans son intervention. On pourrait donc soutenir l'irrégularité de la demande formée contre l'exécuteur comme insuffisante pour faire courir les intérêts (1).

Aussi est-ce à tort que certains auteurs (2) pensent que la demande peut être formée pour des legs mobiliers ou de somme d'argent indistinctement contre l'héritier ou l'exécuteur, sauf à celui des deux qui est actionné à appeler l'autre en cause. Mais à aucun point de vue l'exécuteur testamentaire n'est le représentant de la succession, qualité qu'il faudrait lui supposer pour qu'il réponde à une demande en délivrance.

Quel est le *point de départ des intérêts* au profit du légataire particulier qui a assigné, soit l'héritier seul ou le légataire universel seul, soit l'exécuteur testamentaire seul ? Pour Pothier (3), c'est du jour de la demande « qui met, dit-il, l'héritier en demeure par l'exécuteur qui le représente ». Nous dirons que l'héritier étant le véritable débiteur, les intérêts des legs ne doivent courir contre lui que de la dénonciation à lui faite et qui seule le met en demeure. La nomination d'un exécuteur laisse seuls obligés à l'exécution des charges les appelés à l'univer-

(1) Grenier, t. III, n° 338 ; Demolombe, t. XXII, n°s 70 et 71 ; Laurent, t. XIV, n° 371.

(2) Aubry et Rau, t. VII, § 711, p. 456, texte et note 38.

(3) Pothier, *Don, et testam.*, ch. V, sect. I, art. 2, § IV. Même solution pour Toullier et Aubry et Rau.

salité du patrimoine, la partie qui exécute ne pouvant agir que si *celle qui doit* n'a pas au moins été avertie et n'a pas donné son adhésion (art. 1011 et 1014, C. civ.) ; il faut l'intervention directe des héritiers ou des légataires universels lors de la demande en délivrance de legs. L'exécuteur lui-même, légataire et saisi, ne serait pas exempt de la former, bien qu'un certain nombre d'auteurs admettent pour lui la dispense (1) ; nous dirons que le testateur devrait l'avoir dispensé. Cette demande est faite aux héritiers réservataires en vertu de l'article 1011, à leur défaut aux légataires universels, et à défaut de ceux-ci aux héritiers d'après l'ordre des successions.

Deux cas se présentent : ou les sommes et valeurs nécessaires au paiement des legs mobiliers existent : ou il y a insuffisance de deniers. Dans ce second cas, les sommes nécessaires n'existant pas, la loi autorise l'exécuteur testamentaire à provoquer la *vente du mobilier*, mais avec l'obtention du consentement des héritiers, ou, en cas de refus, de justice, auquel cas le tribunal ne l'autorise que dans les limites où elle est indispensable et en indiquant, s'il le veut, les meubles à mettre d'abord en vente. La sentence du juge n'intervient que sur *la demande formée contre l'héritier* ; car l'héritier peut toujours empêcher l'aliénation en offrant les sommes suffisantes pour l'acquittement des legs. Dans la coutume d'Orléans, l'exécuteur testamentaire devait, en cas d'in-

(1) Coin-Delisle sur les art. 1014 et 1015, n° 29 ; Toullier, t. V, n° 542 ; Merlin, V° *Légat.*, § V, n° 13.

suffisance de deniers trouvés ou recouvrés des débiteurs, faire valoir les héritages, vendanges, moissons, etc., et utiliser les revenus à payer les legs encore dus, entrave sérieuse au droit de possession de l'héritier.

Comme conclusion, nous dirons que le paiement des legs mobiliers est, malgré quelques auteurs, la mission principale de notre mandataire, et que les autres questions importantes portent sur les moyens d'arriver à cet acquittement, telle la question de la vente des immeubles de la succession.

B. — *De la vente éventuelle des immeubles ; controverses.*

Au cas où les legs mobiliers se montent à une somme supérieure à celle produite par les deniers comptants ou recouvrés des débiteurs et par l'aliénation des objets mobiliers de la succession, se pose la question suivante : l'exécuteur, en cas d'insuffisance de biens mobiliers peut-il provoquer la vente des immeubles jusqu'à due concurrence ? Le testateur peut-il du moins lui conférer ce pouvoir par une clause formelle du testament, d'ailleurs en l'absence d'héritiers réservataires ?

En présence du silence de l'article 1031 doit-on conclure que le testateur ne peut conférer ce pouvoir à son exécuteur ? car, nous l'avons répété bien souvent, l'héritier seul a la propriété, et le droit de vendre n'appartient qu'au propriétaire. Cependant, solution contraire à la jurisprudence et à la doctrine anciennes (1) (sauf Furgole

(1) Ricard, *Donat. part.*, 2, ch. II ; Pothier, *Donat. testam.*, ch. V, § 3,

qui fut souvent un novateur) (1) la jurisprudence postérieure au Code s'est nettement prononcée dans le sens de la capacité de l'exécuteur, du moins quand le testateur a donné ce pouvoir dans son testament (2). Cependant un revirement s'est produit pendant ces dernières années et en doctrine et en jurisprudence, ou du moins il nous faut citer la solution de l'arrêt de la Cour de Lyon du 20 mai 1896 (3) dont nous nous sommes occupé déjà à propos de la saisine des immeubles, solution également adoptée par MM. Baudry-Lacantinerie et Colin et par M. Huc (4). D'après ces auteurs, pour qu'un autre que le propriétaire, c'est-à-dire l'héritier ou le légataire universel, puisse vendre, il faut une disposition formelle de la loi ; il en faudrait une aussi pour que le testateur pût conférer à son exécuteur testamentaire le droit de faire vendre ses biens à une époque où il ne sera plus propriétaire. Voici le dispositif de l'arrêt de Lyon de 1896 dans le même sens : « L'exécuteur testamentaire que le « testateur a chargé d'aliéner tous ses immeubles, sans « lui imposer à cet effet ni forme, ni délai, ne peut, en

et la majorité des parlements (Paris not.) ; Ferrière, *Coutume de Paris* sur art. 297, t. III, p. 430.

(1) Furgole, *Des Testaments*, ch. X, section IV, nos 38 et suiv. Coutumes Troyes, Nivernais, Châlons, Bourbonnais.

(2) Paris, 24 août 1825, D. *Rép.*, n° 388 ; Cass., 17 avril 1855, D. 55.I. 201 ; Req., 8 août 1848, D. 48.I.189 ; Metz, 13 mai 1869, D. 69.II.192 ; Seine, 25 mars 1885, *Revue du Notariat*, n° 7108 ; Douai, 3 janvier 1893.

(3) Cour de Lyon, 20 mai 1896, D. 11.2.273 déjà cité et note 4 sous cet arrêt.

(4) Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations entre vifs et testam.*, t. II, n° 2620 ; Huc, *op. cit.*, t. VI, p. 455.

« l'absence d'héritiers à réserve, mais en présence d'héritiers bénéficiaires, procéder à l'amiable à la vente partielle des immeubles. » On voit que l'hypothèse prévue est spéciale et n'est pas forcément la condamnation de la jurisprudence antérieure qu'expose la note 4 de l'arrêt : « Le testateur (dit cette note) qui ne laisse pas d'héritiers à réserve peut-il, en présence d'héritiers bénéficiaires, confier à un exécuteur testamentaire la mission de procéder amiablement à la vente des immeubles, pour partie seulement et sans fixation de délai ? La solution affirmative paraît enseignée par de nombreux auteurs (Voir Demolombe, *op. cit.*, t. V, n^{os} 84 et suiv. ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, § 711, p. 449 et suiv. ; Duranton, *op. cit.*, t. IX, § 491, p. 265 ; Paultre, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, n^o 75 ; *J. Gén. supplément*, V^o *Exéc.*, n^o 1005). MM. Baudry-Lacantinerie et Colin (*op. cit.*, t. II, n^o 2620) se prononcent toutefois en sens contraire, conformément à la solution de l'arrêt de la Cour de Lyon ci-dessus. Quant à la jurisprudence, un arrêt de cassation du 17 avril 1855 (D. P. 55.I.201), visé dans l'arrêt rapporté, a décidé que la disposition testamentaire, par laquelle le testateur, dans le but de rendre sa succession entièrement mobilière, ordonne que tous les immeubles en seront vendus à l'amiable à la réquisition de l'exécuteur testamentaire dans une forme indiquée, et notamment devant notaires, en présence des légataires et sur un cahier des charges dont la rédaction est confiée aux soins de l'exécuteur

« testamentaire, *est valable*, alors qu'il n'existe *pas d'héritiers à réserve*, et quoique les legs aient été *acceptés sous bénéfice d'inventaire* (Comp. Req., 8 août 1848, D. P. 48.I.189 et Metz, 13 mai 1869, D. P. 69.II.192). « D'ailleurs le règlement devait dans ce dernier cas de 1855 être fait *dans les six mois* et le prix versé entre « les mains du légataire universel après l'acquittement « des charges. » On le voit, ces deux arrêts présentent des différences assez notables pour que les solutions diffèrent ; car, dans le dernier, on détermine la forme de la vente, le délai et le paiement, trois points qui restent indéterminés dans le premier sous lequel l'autre est cité.

Donc deux partis sont à prendre :

1^{er} *Système*. — Conformément à la tradition coutumière, et dans le silence de l'article 1031, il faut, du moins au cas où le testateur *n'a pas autorisé cette vente* (1), refuser à l'exécuteur le droit de faire assigner l'héritier et de faire procéder à la vente de quelques immeubles pour acquitter les legs, si d'ailleurs l'héritier ne consent pas à fournir la somme (Paris, arrêt cité du 24 août 1825). Car, dit-on, comment supposer que, n'ayant aucun pouvoir sur cette catégorie de biens, l'exécuteur puisse forcer l'héritier à provoquer une vente malgré sa volonté de propriétaire. D'après ce raisonnement, MM. Coin-Delisle et Delvincourt (2) seraient dans le vrai, car pour eux les

(1) Avec cette restriction : Coin-Delisle, Duranton, IX, 410 et 411 ; Colmet de Santerre, IV, nos 176 bis, IV ; Laurent, XIV, n° 364.

(2) Coin-Delisle sur l'article 1031, n° 7 et Delvincourt, t. II, n° 375.

immeubles ne peuvent être vendus que par expropriation forcée poursuivie à la requête du seul créancier, c'est-à-dire du légataire partie intéressée. Il est vrai que cette idée est sous-entendue dans la possibilité accordée aux légataires, et même pour eux à l'exécuteur, de garantir leurs droits sur ces mêmes immeubles par l'hypothèque légale de l'article 1017.

Les partisans de cette théorie ajoutent que, l'exécuteur n'étant qu'un simple détenteur pour l'héritier seul susceptible de subir les poursuites des légataires, le législateur aurait pris une peine inutile, en énumérant les différents pouvoirs de l'exécuteur, s'il avait omis le plus considérable. Donc le légataire doit agir lui-même, par les moyens qu'il jugera convenables, et non plus seulement par l'expropriation forcée.

Ils réfutent l'argument de la Cour de cassation fondé sur la règle « qui peut le plus peut le moins » de la façon suivante : de cette règle, on induisait que le testateur, qui aurait pu ne rien laisser à ses héritiers toujours supposés non réservataires, a pu ne leur laisser ses biens que sous une condition, sous la condition notamment que les exécuteurs testamentaires pourront faire vendre les immeubles pour pourvoir à l'exécution du testament. Or, est-il répondu, le législateur a ici dérogé à notre règle quand il ne permet pas la saisine des immeubles et ne donne celle du mobilier que pour le délai d'an et jour. Ici on doit suivre la loi dans sa conduite : que le testateur donne, s'il le veut, ses biens à d'autres qu'à ses hé-

ritiers ; mais, s'il les laisse à ceux-ci, qu'il n'entrave pas arbitrairement leur droit de propriété par des restrictions, par le droit pour l'exécuteur de faire vendre les immeubles, plus exorbitant que celui d'en conférer la saisine, que tous repoussent.

On le voit, l'argument conduit insensiblement à refuser, non seulement à l'exécuteur le droit de provoquer la vente des immeubles, en l'absence d'héritiers à réserve et de clause du testament, ce qui est admis par beaucoup d'auteurs, mais même au testateur le droit de conférer ce pouvoir à son mandataire par une disposition formelle de son testament.

2° *Système*. — D'après ce système, l'exécuteur peut, dans tous les cas, du moins en l'absence d'héritiers à réserve, assigner au tribunal l'héritier pour lui faire enjoindre de provoquer la vente d'immeubles suffisants en vue de l'exécution du testament, s'il refuse de fournir somme suffisante dans ce but. On dit d'abord que l'article 1031 est général et donne les pouvoirs les plus étendus à l'exécuteur pour arriver à l'accomplissement des volontés du défunt. S'il ne peut être investi de la saisine des immeubles, ce qui est discuté, c'est qu'il y a atteinte directe au droit de propriété de l'héritier ; ici cette atteinte ne sera possible que dans la mesure des besoins de l'exécution et seulement après assignation de l'héritier en justice ; il pourra éviter cette aliénation en fournissant la somme voulue. L'exécuteur est obligé de faire reconnaître en justice la nécessité de l'aliénation, ce qui pré-

sente des garanties bien plus sérieuses que la poursuite directe par les légataires par voie de saisie en vertu de leur inscription.

Conclusions. — Nous dirons que la jurisprudence, malgré quelques variantes, a fort bien jugé en décidant que le *testateur peut toujours, par une disposition expresse de son testament*, et s'il ne laisse pas d'héritiers à réserve (ce qui d'ailleurs est admis par tous les auteurs du second système et par une grande partie de ceux qui adoptent le premier), donner pouvoir à son exécuteur de *faire vendre*, au nom des héritiers dûment appelés à la vente, les immeubles de la succession sans formalité de justice, d'en toucher le prix, d'acquitter les legs particuliers et de distribuer le reliquat aux héritiers ou légataires universels institués (Voir plus haut les nombreux arrêts en ce sens : *adde*, Douai, 27 janvier 1864, S. 64. II.225 et Rennes, 22 août 1860). Objectera-t-on qu'on ne peut déroger aux formalités judiciaires d'ordre public ? Mais l'exécuteur agit ici, non pas comme représentant uniquement les héritiers ou les légataires, mais comme mandataire du testateur ; du moment que ce dernier a manifesté la volonté de poser cette condition à la transmission de ses biens, elle doit être suivie. D'ailleurs l'exécuteur doit assigner, puis appeler à la vente tous les intéressés, les successeurs universels du défunt et les représentants des incapables (tuteurs, subrogés-tuteurs)

Cette solution présente surtout un grand avantage pratique, ainsi que nous le verrons en parlant de l'ex-

tension apportée à l'application des articles 1025 à 1034.

C. — *Exécution des autres clauses du testament ;
pouvoirs additionnels.*

La mission générale de veiller à l'exécution, dure tant que les volontés du défunt n'ont pas été entièrement réalisées : droit de surveillance et de contrôle pour la conservation du patrimoine, même après l'expiration de la saisine ou après la reddition du compte de gestion de l'exécuteur (1). Un arrêt tout récent de la *Cour de Paris* du 16 mars 1899 (D. 1900, VI.II.132) (2) confirme ce droit d'intervention des exécuteurs testamentaires *dans tous les débats* où leur présence est nécessaire et même utile, et tant que le testament n'est pas définitivement acquis ; et, même après cette exécution, lorsque leur mandat se trouve revivifié par un nouveau litige soulevé par les héritiers naturels en vue de faire annuler le testament qui les exhérède.

Voyons quelles en sont les principales conséquences au point de vue, tant des pouvoirs de l'exécuteur que de la procédure à suivre et de la compétence. Tout d'abord cette intervention générale est un droit, non une obligation pour l'exécuteur qui peut même demander sa mise hors de cause s'il veut y rester étranger et rendre compte

(1) Pothier, art. IV du ch. V, sect. II ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 176 bis, VI ; Coin-Delisle, obs. 15.

(2) Voir aussi Clunet, *Journal de droit international privé*, 1897, p. 137, consorts de Civry c. ville de Genève.

de sa gestion dans la suite à ceux qui seront reconnus avoir droit à la succession (1) ; d'ailleurs, l'exécuteur testamentaire qui succombe dans une action principale qu'il a introduite ou dans une intervention qu'il a formulée, ne doit *pas être personnellement condamné aux dépens*, à moins qu'il n'ait agi par esprit de vexation ou avec une légèreté coupable (2).

Un arrêt assez récent de la Cour suprême du 17 novembre 1885 (3) exprime la même pensée en ces termes : « La condamnation aux dépens contre un exécuteur testamentaire, *sans déclaration qu'elle lui est personnelle* (fautes ou négligences précisées dans le jugement) ne lui est infligée qu'en la qualité sous laquelle il a plaidé, et non personnellement. » Nous citerons comme exemples de condamnation personnelle aux dépens le cas jugé où l'exécuteur, qui n'a pas la saisine des meubles, veut s'opposer à la remise des titres de la succession au légataire universel qui a la saisine (4). Par application de la personnalité dans certains cas judiciaires relatifs à l'exécution, il a encore été jugé que l'exécuteur est responsable de l'instance occasionnée par sa faute et qui n'a pas pu suspendre en sa faveur le délai fatal de l'article 1026 *in fine* du Code civil, touchant la durée de la saisine (5).

(1) Liège, 11 juin 1851, *Pasic.*, 51.II.311.

(2) Bourges, 28 floréal an VII. Aubry et Rau, t. VII, p. 452 ; Demolombe, t. 22, n° 110.

(3) Cassation, 17 novembre 1885, S.86.I.456, *Revue du Notariat*, n° 7248.

(4) Pau, 27 juin 1887, D. 87.II.252.

(5) Rennes, 17 juin 1897, D. 97.VII.1.199.

En dehors de ces considérations générales, l'exécuteur a des pouvoirs bien définis sur certains points spéciaux.

1° *Intervention en cas de contestation sur l'exécution* : il peut venir en soutenir la validité et prendre part à ces contestations, que les legs soient mobiliers ou immobiliers (1), et même s'il n'intervient pour la première fois qu'en appel (2). Mais, pour tout autre motif que la validité du testament ou de l'exécution de l'une de ses clauses, l'exécuteur doit rester étranger aux différends entre héritiers ou légataires universels, ou entre héritiers et créanciers de la succession ou tout autre tiers (3).

2° *Action directe de l'exécuteur* qui prend l'offensive contre ceux qui s'opposeraient à l'exécution : *contre les héritiers* pour l'exécution des charges à eux imposées (Bruxelles, 1888, arrêt cité) ; *contre les débiteurs* de la succession, mais seulement s'il a la saisine et dans la mesure nécessaire à l'exécution du testament (restitution d'un dépôt dans une banque par exemple) (4). Mais, en dehors de ces cas, il n'a pas l'exercice des actions de la succession ; il se défend, subit, mais n'agit que dans les limites de son mandat. Il a cependant le droit d'empê-

(1) Paris, 10 décembre 1850, D. 51.II.1.

(2) Rennes, 12 juillet 1864, S. 64.II.181 et Bourges, 27 janvier 1829, auteurs ci-après.

(3) Toullier, t. V, n° 591 ; Duranton, t. IX, n° 415 ; Aubry et Rau, t. VII, p. 452 ; Demolombe, t. XXII, note 79. Metz, 13 juillet 1865, S. 66.II.29 ; Bruxelles, 14 mai 1888, *Pasic.*, 1888.II.352.

(4) Bruxelles, 18 mai 1874, *Pasic.*, 74.II.244 et 13 février 1889, Cl. et B. 89.619.

cher le détournement frauduleux (au moyen d'action directe), par les héritiers ou des tiers, des valeurs de la succession à l'encontre des légataires. C'est que les héritiers n'ont la possession de plein droit des biens de l'hérédité qu'à condition de respecter les dernières volontés du défunt (1), par exemple la charge de lui élever un monument, de faire dire des messes pour le repos de son âme, ou de nourrir et soigner un animal qu'il affectionnait (2); ou bien encore l'obligation de ne pas empêcher la destruction des papiers par l'exécuteur, en l'absence de réservataires (3). Et même le cohéritier, institué exécuteur testamentaire avec saisine des meubles ne peut s'opposer à la *demande en partage faite dans l'année de l'ouverture de la succession* en arguant de sa qualité d'exécuteur saisi pour l'an et jour, si du moins les cohéritiers demandeurs se sont déclarés prêts à le laisser disposer de somme suffisante pour payer les legs particuliers, en l'espèce d'un titre de rente indivis (4).

3^e *Mission*, non seulement de prendre inscription sur les immeubles au nom des légataires, mesure conservatoire, mais encore *de donner mainlevée* des hypothèques dont les inscriptions grèvent des débiteurs de la succes-

(1) Bordeaux, 29 mars 1887, D. 88.II.261.

(2) Cass., 26 novembre 1828 ; 27 juin 1859, S. 59.I.653 ; Rennes, 22 août 1861, S. 62.II.38 ; Delvincourt sur art. 1027 ; Troplong, t. IV, n° 2025 ; E. Paultre, *Revue du Notariat*, t. I, n° 54 ; Aubry et Rau, t. VII, p. 452 ; Demolombe, t. XXII, note 81.

(3) Cass., 26 janvier 1886, S. 87.I.214 ; Cass., 11 juin 1890, D. VII.I.324, S. 90.I.472.

(4) Req. Cass., 23 mai 1898, D. 1900. VII.1.199, S. 1900.I.44.

sion, même avant paiement et sans intervention des héritiers ou légataires universels, si du moins le testateur a donné expressément ce pouvoir (1) ; sinon la mainlevée doit suivre le paiement.

Mais, si l'exécuteur a le droit d'intervention en cas de contestation du testament et de l'exécution, même après cette exécution et l'expiration de son mandat, s'il a une action directe contre l'héritier ou les légataires pour l'exécution des charges à eux imposées par le défunt, il ne peut du moins, malgré la formule absolue de la loi, plaider sur la *nullité d'une condition mise à un legs universel* (2), attendu « qu'il ne représente pas les héritiers, qu'il « ne peut être le contradicteur à une demande.... inté-
« ressant directement et essentiellement les héritiers », il en serait autrement si ceux-ci l'y avaient autorisé.

Il y a également impossibilité d'accepter au nom des légataires une libéralité à eux faite. D'après la théorie de la Cour de Poitiers (3), l'exécuteur testamentaire n'aurait mandat de veiller à l'exécution du testament *que lorsque le légataire est en situation d'en profiter* ; par suite il n'a pas qualité pour se constituer le mandataire d'un institué en l'absence de celui-ci pour accepter la succession

(1) Cass., 26 nov. 1828 ; 27 juin 1859, S. 59.I.653 ; Rennes, 22 août 1861, S. 62.II.38. Delvincourt sur art. 1027 ; Troplong, t. IV, n° 2025 ; E. Paultre, *Revue du Notariat*, t. I, n° 54 ; Aubry et Rau, t. VII, p. 452 ; Demolombe, t. XXII, n° 81.

(2) Lyon, 15 mars 1854, D. *Supp.*, t. V, p. 71, note 2. — Sur les pouvoirs admis, Cass., 15 avril 1867, D. 67.I.294 ; Paris, 16 mars 1899, D. 1900.II.132.

(3) 22 janvier 1882, D. 84.II.165.

en son nom. Nous dirons avec M. Huc (*op. cit.*) que l'exécuteur testamentaire ne représente pas plus le légataire s'il n'a reçu mandat de lui qu'il ne représente l'héritier en l'absence de pouvoir spécial, et que par conséquent il n'a pas à accepter le legs pour ce légataire.

Pour en finir avec ces notions rapides sur l'action possible de l'exécuteur en justice, nous parlerons de quelques points spéciaux de compétence : d'abord, de ce que l'exécuteur n'agit pas personnellement, mais en la qualité que lui donne le testament et dans le but de sa mission nous dirons que les actions intentées contre lui sont de la *compétence du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession*, non de celle du tribunal du domicile du défendeur (1), par exemple en l'espèce au cas de demande formée par la mère tutrice contre l'exécuteur ayant la saisine à fin de remise des revenus, de la jouissance desquels l'exécuteur testamentaire prétend le tuteur privé par le testateur ; de même encore, s'il s'est élevé une contestation entre l'exécuteur et l'héritier par suite d'une *nouvelle demande faite par l'exécuteur après l'an et jour*, la première assignation faite dans l'année contre l'héritier ayant été annulée (2). De même encore même compétence, en cas de mission de l'exécuteur de veiller à ce que la sépulture en un lieu déterminé ne soit pas modifiée (3).

(1) Paris, 28 décembre 1841, D. 42.II.90.

(2) Poitiers, 25 ventôse an XIII. Devil. II, 2.33.

(3) Trib. Lyon, 30 juin 1877, D. P. 78.III.88.

Quant aux questions de compétence internationale que nous ne voulons pas ici traiter à fond, nous citerons toutefois une *ordonnance de référé* de la Seine du 29 mars 1898 (1), qui décide que l'exécution d'une *ordonnance d'envoi en possession d'un exécuteur testamentaire* émanant d'un juge étranger n'est pas possible sans l'*exequatur* des tribunaux français, qui ont le droit et le devoir de réviser la décision si elle contient quelque chose de contraire à la loi française, et que seul le tribunal saisi par voie d'action principale peut faire cet examen, d'où incompetence du président du tribunal jugeant en référé en France. De même un autre arrêt intéressant (2) qui n'exige pas d'un étranger exécuteur testamentaire en France la caution *judicatum solvi*, en cas de demande de mainlevée d'une opposition formée sur des valeurs de la succession.

Il y a également à citer ici la convention franco-russe du 1^{er} avril 1874 (Sirey, *Lois annotées de 1874*, p. 156) qui donne aux consuls de chacun des États intéressés des pouvoirs analogues à ceux de l'exécuteur testamentaire auquel ils suppléent souvent auprès de leurs nationaux : *mise en possession définitive* dans les six mois de la dernière publication du décès faite par l'autorité locale expirés sans réclamation, ou dans les huit mois depuis le jour du décès faute de publication ; *liquidation de la succession mobilière* de leurs nationaux, à cet effet *vente*

(1) Clunet, *Journal de droit international privé*, Jurisp. 1898, p. 728.

(2) Bordeaux, 3 mars 1880, S. 81.II.8.

des meubles, expressément imposée par les règlements, à l'exception toutefois des objets mobiliers ayant le caractère de souvenirs de famille ; enfin *envoi* sous forme de mandats, par les consuls, *du produit des valeurs mobilières*, mais non l'envoi de ces valeurs même. En exécution de cette convention, le tribunal civil de la Seine (1) a jugé mal fondée la demande de dommages-intérêts par des héritiers français contre un consul qui avait vendu les meubles de leur auteur français à l'étranger et leur avait adressé le produit de cette vente.

Une autre question intéressante est celle de la *levée des scellés* qui n'appartient qu'*au consul de Russie* en France quand un sujet russe meurt en France ; alors même que les héritiers sont majeurs, présents ou représentés, ils ne peuvent assister soit à la levée des scellés, soit à la confection de l'inventaire qui ont lieu à la requête du consul seul, mais avec le *concours de l'autorité locale* (art. 4 de ladite convention) ; le consul de Russie est constitué *sequestre de plein droit* de la succession avec tous les pouvoirs d'un administrateur, et il ne peut être permis de faire remise à un tiers des paquets portant cette mention « lettres à brûler », ce qui peut se rapprocher de la mission spéciale de l'exécuteur de détruire les papiers du défunt ou de les trier sans les communiquer aux héritiers. Mais l'arrêt, intervenu ici, a surtout eu un but politique et qui ne rentre pas dans notre étude ; il fit

(1) Seine, 24 juin 1893, aff. Le Couppey c. Cassas, succession Bayard ; Clunet, 1893, p. 1216.

d'ailleurs grand bruit à l'époque, à cause des pouvoirs si grands conférés au consul russe par la convention (1). La même question est résolue dans un sens à peu près identique par la *convention italo-russe* du 19 septembre 1875 ; ici les scellés apposés d'un commun accord par l'autorité consulaire et par l'autorité judiciaire locale ne pourront être levés sans le concours de ces deux autorités ; toutefois l'*autorité judiciaire locale garde pleins pouvoirs*, le *consul n'y assiste qu'en qualité de partie comme mandataire des héritiers* qu'il représente de plein droit (droit pour la justice locale de trancher les contestations et réclamations, art. 7). Une note qui suit et nous intéresse davantage montre que la *convention franco-italienne* du 16 juillet 1862 donne au contraire *prépondérance à l'autorité consulaire française* (art. 9-1^o) comme dans la convention franco-russe au consul russe, sauf le droit pour l'autorité locale d'*assister* à cette opération ; on passe outre, si elle ne répond dans les 48 heures de la réception de l'avis.

Citons enfin une *convention franco-belge sur la compétence judiciaire* conclue à Paris le 8 juillet 1899 et promulguée en France par décret du 30 juillet 1900, et qui touche de plus près notre matière ; dans son article 7, § 1^{er}, il est dit : « Seront, dans chaque pays, portées devant le *juge du lieu de l'ouverture de la succession*, les

(1) Cour de Paris, 1^{er} juin 1893, consul de Russie c. dame Sawicka, Clunet, 1893.

« actions en pétition d'hérédité, les actions en partage...
« *les actions contre l'exécuteur testamentaire* ».

D. — *Mandats spéciaux.*

Le testateur, nous l'avons vu maintes fois, peut donner par une clause formelle de son testament, des pouvoirs spéciaux à son exécuteur pour arriver à l'accomplissement de missions particulières ; parmi ces mandats spéciaux, il nous faut en citer plusieurs :

a) *Refus de se dessaisir de meubles, titres, papiers, etc. à lui confiés* : la saisine autorise l'exécuteur à refuser de se dessaisir des meubles quand le testateur a ordonné leur remise à autrui ou leur destruction ; il ne s'agit plus ici de sommes ni de revenus qui entrent dans le compte de gestion du mobilier ; ce sont des objets personnels du défunt, par exemple en cas de *legs des papiers intimes* du défunt à un tiers, même si les héritiers veulent la communication sous prétexte de captation ou fraude ; il y a là aussi la question de l'inviolabilité du secret des lettres, alors même qu'il s'agirait de prouver l'existence de dol ou de fraude (1). La Cour de cassation, par arrêt du 11 juin 1890 déjà cité (D. VII. I. 324), a également décidé qu'en l'absence d'héritiers à réserve, la destruction de tous les papiers, avec le refus de les communiquer aux héritiers du sang et au légataire universel, avait été permise à bon droit à l'exécuteur testamentaire. Une

(1) Bordeaux, 29 mars 1887, D. 88.I.261. Affaire des religieuses de St-Paul.

hypothèse analogue a été jugée en ce sens par la Cour suprême le 26 janvier 1886 (1) : la qualité d'exécuteurs testamentaires a été justement attribuée à plusieurs personnes chargées par une clause expresse du testament « de trier et détruire ses papiers et lettres inutiles », alors que le testament ne contenait aucune autre disposition, et avec attribution de la propriété de ces objets ; il n'est pas indispensable même que le testament contienne un legs, même de papiers ; il peut n'avoir d'autre objet que d'imposer certaines charges aux héritiers ; par exemple, en cas de dispositions analogues à la présente, l'héritier, dépouillé de tout droit sur les lettres et papiers en question, n'est point fondé à réclamer que l'examen et le tri des dits papiers soient opérés en sa présence et sous son contrôle. Telle est la charge qu'il subit, c'est une abstention que ne peut d'ailleurs exiger l'exécuteur qui n'a pas la saisine.

b) *Règlement des funérailles*. — Le même raisonnement doit être appliqué à tout ce qui concerne la sépulture du défunt ; nous avons vu, en parlant du tribunal compétent, que l'exécuteur peut être chargé de veiller à ce que cette sépulture ne soit pas modifiée ; à plus forte raison, peut-il être chargé du règlement même des funérailles. Il a été aussi jugé que l'exécution ne prend fin que par l'*inhumation* de la personne, si l'exécuteur par

(1) Cass., 26 janvier 1886, D.86.I.241, affaire Guillon, sur Orléans, 10 juillet 1885.

une clause du testament doit veiller à ce que le défunt soit près de son épouse prédécédée (1).

c) Enfin l'exécuteur testamentaire peut intervenir dans certains cas très spéciaux ; nous en citerons un exemple ; dans le cas d'application de la loi du 2 juin 1841 qui a pour but d'éviter l'expertise, autant qu'il sera possible, en matière de partage comme en matière de vente d'immeubles. Même s'il y a des mineurs, l'exécuteur pourra demander qu'on écarte comme facultative cette formalité, en présence de l'abus, par l'administration, des demandes d'expertise, en cas de partage par exemple (2).

§ 4. — Obligations diverses de l'exécuteur testamentaire, principalement obligation de rendre compte de sa gestion. Responsabilité.

Les attributions étendues résultant de la saisine sur une portion du patrimoine exigent un contrôle de l'exécution testamentaire : dans l'intérêt de l'héritier qui veut connaître l'emploi fait par le mandataire du défunt des biens détenus par lui et l'absence de détournement ; — et dans l'intérêt de l'exécuteur lui-même, s'il veut éviter les soupçons et même les revendications des successeurs du défunt dans l'avenir. L'exécuteur non saisi n'a pas de compte à rendre, du moins s'il n'a pas regu de deniers ;

(1) Tribunal civil Lyon, 30 juin 1877, D. 78.III.88 ; Paris, 19 août 1881, S. 83.II.245 ; Seine, 20 juillet 1882, S. 83.II.46.

(2) Voir les articles de la *Revue du Notariat*, février 1895, n° 9288 et mars 1900, n° 10453.

car sa mission est de pure surveillance, c'est lui qui exerce le contrôle, il n'agit pas.

a) *Reddition de compte*. — L'article 1031 *in fine* dit : « Ils (les exécuteurs) devront, à l'expiration de l'année du décès du testateur, rendre compte de leur gestion. » Cet article ne peut s'appliquer qu'à l'exécuteur saisi qui, seul, peut être débiteur d'un compte du mobilier ; et il place précisément la date de reddition de ce compte à l'époque de l'expiration de la saisine. Donc le compte est rendu à la fin de l'année qui suit le jour du décès, en général, mais ce n'est pas une règle absolue ; en réalité, il est rendu à *l'expiration de l'année utile*, c'est-à-dire à l'époque où la saisine prend fin ; car elle peut ne commencer que longtemps après la mort du testateur, si l'exécuteur n'a point eu immédiatement connaissance du testament ou si des contestations se sont élevées sur son exécution ou son existence même.

Le compte est rendu, soit aux héritiers légitimes, soit aux légataires universels, soit enfin au curateur de la succession si elle est vacante, suivant les cas ; l'exécuteur doit toujours requérir la nomination de ce curateur si la succession n'a pas d'autre représentant auquel il puisse rendre compte de sa gestion. Si ce compte ne peut pas être rendu amiablement, il y a lieu à assignation en justice des héritiers ou légataires universels par l'exécuteur ; dans le silence des auteurs et des arrêts, on admettrait aussi, comme le voulait Furgole (n° 65), qu'ils fassent trancher le différend par des arbitres choisis d'un commun accord.

Mais devant quel tribunal doit-on porter le litige s'il existe : le juge compétent est-il le *juge du domicile de l'exécuteur* par argument de l'article 527 du Code de procédure sur les comptables ? Ou bien est-ce le juge du lieu de l'ouverture de la succession, par argument de l'article 59, alinéa 6 du Code de procédure ? Il y a une grande diversité des coutumes : c'étaient tantôt l'évêque diocésain seul (Sens, art. 79) ou en concours avec les officiers royaux (Chaumont, art. 71 ; Troyes, art. 100 ; Vitry, art. 107), tantôt les officiers royaux et les juges seigneuriaux en concours (Clermont, t. II, art. 139 ; Valois, t. XIII, art. 176) qui étaient compétents ; enfin dans certaines coutumes le juge royal seul doit recevoir le compte de l'exécuteur (Montargis, t. XII, art. 9 ; Bourbonnais, art. 296), théorie qui triomphe dans les ordonnances de Villers-Cotterets de 1539 (compétence du juge qui a commis l'exécuteur, ou à défaut du juge de son domicile) et surtout de 1667 qui exclut à jamais les tribunaux ecclésiastiques (Furgole, n° 58).

Aujourd'hui les uns invoquent encore les articles 527 à 542 du Code de procédure qui sont les seuls textes régissant les comptables (Code de procédure, livre V, t. IV, droit commun depuis 1867) (1). Les autres disent que le tribunal compétent est celui du lieu où la succession s'est ouverte (art. 59, al. 6), pour « *toutes les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de*

(1) Duranton, t. IX, n° 422 ; Troplong, t. IV, n° 2029. Paris, 2 juillet 1839, S. 39.II.372.

mort », et ce sera plus pratique, les pièces nécessaires se trouvant presque toujours au lieu du décès du testateur, et l'exécuteur testamentaire pouvant d'ailleurs changer, du jour au lendemain, de domicile. De plus cette opinion n'est pas admise seulement par un grand nombre d'auteurs (1), elle s'appuie sur une jurisprudence assez récente, et notamment sur un arrêt de cassation (2) du 11 juillet 1864.

Cette reddition de compte ne demande pas de *forme spéciale* : le compte comprendra les recettes, les dépenses et la balance, et l'on rangera : dans les *recelles*, les valeurs remises à l'exécuteur et constatées dans l'inventaire, les deniers ou objets qui sont arrivés entre ses mains pendant sa gestion (prix des meubles vendus, montant des créances recouvrées par lui des débiteurs) et, en vertu de sa responsabilité, les bénéfices qu'il a indûment réalisés ou les sommes qu'il a négligé de percevoir ; dans les *dépenses*, tous les débours nécessités par l'exécution du testament (frais de scellés, d'inventaire, de vente du mobilier, de compte, etc.) et tous les autres frais quelconques en vue de sa mission (avance des frais de procès, des frais du jugement ordonnant le compte, et des frais de la clôture du compte, voyages, honoraires des officiers ministériels, etc.), enfin le *détail des versements faits aux créanciers, aux légataires ou à lui-*

(1) Toullier, t. III, n° 603 ; Vazeilles, art. 1031, n° 2 ; Coin-Delisle, art. 1031, n° 9 ; Demolombe, t. XXII, n° 114.

(2) Cass., 11 juillet 1864, *Gaz. Trib.* du 12 juillet.

même en vertu du testament. On fait alors la balance, et il reste un reliquat de compte en faveur de la succession, ou au contraire à sa charge et en faveur de l'exécuteur si les avances qu'il a faites dépassent les recettes. Comme nous l'avons vu, il pourra, suivant les opinions, provoquer ou non la vente d'immeubles jusqu'à due concurrence, tout au moins forcer l'héritier à supporter la différence.

Quant au *mode de preuve*, il se fait par la production des quittances, ou à défaut par tout autre mode légal, sauf pour les mêmes dépenses pour lesquelles le serment suffit. L'héritier doit de plus prouver les faits particuliers de soustraction ou de vol imputés à l'exécuteur qui a toujours le rôle de défendeur (1).

A qui les frais doivent-ils incomber d'une façon définitive ? La distinction de MM. Demolombe (2) et Colmet de Santerre, qui appliquent littéralement l'article 1034 *in fine* (« seront à la charge de la succession ») et déclarent que les *frais faits par l'exécuteur sont à la charge de ceux qui en ont profité*, nous paraît la vraie solution de la question : seront à la charge de la *succession*, les frais utiles tant à la réserve qu'au disponible (scellés, inventaire, etc.) ; au contraire les frais faits dans l'intérêt du disponible seul ou des légataires seront supportés par lui (débours pour un procès sur la validité du testament) ; il est juste que les frais qui ont procuré l'exécution des

(1) Cass., 19 août 1817, *D. Alph.*, note 4121.

(2) Demolombe, t. XXII, n° 116.

dispositions imputables sur la portion disponible et ne sont que des accessoires de ces dispositions, ne viennent pas s'imputer, même pour partie, sur la réserve, laquelle ne doit être diminuée d'aucune manière par les dispositions à titre gratuit (1).

Pour le *reliquat de compte*, on applique les règles des articles 1996 et 2001 du Code civil : les intérêts des sommes employées à son usage, sont dus par l'exécuteur à dater de cet emploi ; et de celles dont il est *reliquataire du jour qu'il est mis en demeure*. Les intérêts à lui dus de ses avances le sont du jour de leur constatation ; mais la *citation* (Bruxelles, 4 août 1852) en reddition de compte ne fait pas courir les intérêts, il faut que le reliquat du compte ait été déterminé (Arntz, t. II, n° 2115).

Ici se place la controverse relative à la dispense de rendre compte de la gestion, par une clause du testament : *Le testateur peut-il dispenser son exécuteur testamentaire de l'obligation de rendre compte de sa gestion ?*

b) *De la dispense de rendre compte*. — Tout d'abord il faut se garder de confondre deux clauses très différentes du testament : *le legs* (rentre dans les libéralités ordinaires) que le testateur peut faire à son exécuteur testamentaire *du reliquat de son compte de gestion*, doit être bien séparé de la dispense proprement dite de la reddition de compte ; car les libéralités ne se présument pas, et

(1) Une question de procédure se pose, ainsi résolue par la Cour de cassation, 17 novembre 1885, S. 86.I.456 : la violation de l'article 1034 du Code civil qui met à la charge de la succession les frais faits par l'exécuteur ne peut être invoquée en cassation si elle ne l'a été en appel.

l'on ne doit pas considérer comme telle cette dispense qui n'empêche pas l'exécuteur d'être *débiteur* envers les héritiers ou les légataires universels du reliquat des sommes employées par lui à l'acquittement de sa mission (1). Quant au legs du reliquat du mobilier ou des sommes non employées à l'exécuteur comme rémunération, il est valable, pourvu que les règles ordinaires des legs soient observées et que l'exécuteur ne soit pas incapable de recevoir cette libéralité, ce qui ne le dispense pas de l'obligation de justifier ses actes de gestion.

Dans l'ancien droit, pour Furgole (2), l'exécuteur n'était déchargé que de « tout ce qu'il aurait pu pécher par négligence », il était tenu de ce qui avait péri ou de ce qui avait été perdu par son dol ou sa fraude ; et c'est seulement pour l'administration « déjà faite », non pour l'administration future qu'il admet la décharge, ce qui revient à repousser toute dispense. Pothier (3) disait que la dispense de rendre compte dans le testament ne vaut que comme dispense de responsabilité en cas de négligence dans l'exécution (argument de la loi V, § 7, *De adm. tutor.*) ; il ajoute que l'exécuteur ne peut mettre dans ce compte que ce qu'il a dépensé, ce qui exclut tout salaire (sauf présent d'usage du testateur reconnaissant) ; et que, s'il est créancier par son compte pour les dettes et legs acquittés, il a (d'après Dumoulin) une *hypothèque*

(1) Ricard, *Donations*, t. I, part. II, ch. II, n° 92 ; Demolombe, t. XXII, n° 118.

(2) Furgole, *op. cit.*, n° 57.

(3) *Donations testam.*, ch. V, sect. I, art. 3, § 4.

facile sur tous les biens de la succession en cas d'acquittement de dettes même chirographaires, et sur les biens disponibles seulement en cas d'acquittement des legs (1) ; aujourd'hui une subrogation doit être consentie.

De nos jours deux théories :

1° Si l'exécuteur est *capable de recevoir* et s'il n'y a *pas d'héritier à réserve*, la clause de dispense de rendre compte est pleinement valable, d'après un certain nombre d'auteurs (2) et d'après plusieurs arrêts : sauf le droit aux légataires ou à leurs représentants légaux de vérifier le montant et l'emploi des sommes touchées dans leur intérêt (3), la dispense est valable, du moment qu'il n'existe *pas d'héritiers à réserve* (4).

2° Dans une seconde opinion, qui repousse la dispense de rendre compte de la gestion, comme la dispense de faire inventaire, on objecte les *droits acquis par les successeurs* qui doivent être exhéredés formellement des biens héréditaires, mais non pas par une simple extension des pouvoirs de l'exécuteur (5). De plus l'exécuteur est, non un propriétaire, mais un mandataire tenu de rendre compte à l'héritier ou au successeur universel, seul propriétaire et dont le droit de propriété sur les biens de la succession, serait ainsi atteint sans exhéredation. Des

(1) Dumoulin sur l'art. 95 de l'ancienne coutume de Paris, n° 15.

(2) Toullier, t. V, n° 604 ; Duranton, t. IX, n° 406 ; Aubry et Rau, t. VII, p. 457, note 46.

(3) Douai, 23 juin 1846, D. 46.II.155.

(4) Nîmes, 23 mai 1865, S. 65.II.285.

(5) Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IV, n° 176 *bis*, XI ; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, p. 321 et suiv. ; Laurent, t. XIV, n° 386.

deux arrêts précités, dit-on, si l'un valide la dispense (Nîmes), l'autre n'admet que l'excuse des négligences, et laisse aux légataires le droit de voir si les sommes touchées ont bien reçu leur destination. Aussi la grande majorité des auteurs refuse-t-elle cette dispense (1).

Nous dirons que la maxime invoquée par la première opinion « qui peut le plus peut le moins » n'est applicable, si encore on l'admet, qu'au legs du reliquat du compte ; mais elle est étrangère à la dispense que nous repoussons, car le testateur ne doit pas, nous l'avons dit, employer ce moyen détourné d'exhérer ses successeurs naturels (2) et de cacher ainsi la mauvaise foi possible de son mandataire.

c) *Responsabilité* : Ce mandataire est, d'ailleurs comme tout autre, responsable de sa gestion, non seulement envers les héritiers ou les légataires universels, mais encore envers les légataires particuliers (opinion contraire) ; d'après M. Huc, *op. cit.*, p. 453, c'est seulement vis-à-vis des personnes contre lesquelles il a été chargé d'assurer l'exécution du testament ; il peut être recherché par ces derniers si, par le défaut d'accomplissement de ses obligations ou par une mauvaise gestion, il a compromis leurs intérêts (3). Nous rappelons ici pour mémoire qu'en

(1) Favard, *Rép. alph.*, Vo *Ex. test.*, n° 7 ; Grenier, t. I, 2^e part., ch. III, n° 337 ; Marcadé, sur l'art. 1031, n° 3 ; Demolombe, t. XXII, n° 119 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*

(2) *Nota* : le légataire universel majeur peut toujours traiter à l'amiable avec l'exécuteur avant toute reddition de compte. Paris, 10 mai 1808, Dev. II.2.387.

(3) Aubry et Rau, t. VII, § 711, n° 458 ; Demolombe, t. XXII, n° 111.

cas de nomination de plusieurs exécuteurs testamentaires ceux d'entre eux qui restent dans l'inaction ne répondent point en général des faits de ceux qui agissent ; mais que toutefois, *s'ils ont reçu la saisine*, ils répondent *tous solidairement du compte du mobilier*, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celles qui lui étaient attribuées.

La responsabilité, non seulement pour son dol, mais pour les fautes de sa gestion, soit dans la garde ou la vente des meubles, soit dans l'exécution des legs, sera moins rigoureusement appliquée à ce mandataire gratuit à qui le testateur peut remettre ces fautes. Parmi les cas spéciaux de responsabilité, citons : la cessation du paiement des arrérages d'une rente viagère léguée, à cause du manque de surveillance du placement prescrit par le testateur (1) ; — le *défait d'emploi* d'une somme léguée aux enfants du testateur et qu'il devait faire valoir, auquel cas il devra les intérêts des intérêts (2) ; la négligence de l'exécuteur à *recouvrer les créances destinées à acquitter les legs particuliers*, mais non pas les autres créances de la succession dont les héritiers peuvent poursuivre le recouvrement ; en conséquence recours possible des légataires particuliers contre l'exécuteur tenu de réparer sa négligence (3) ; il en serait de même des *prescriptions* que par son inaction il aurait laissé s'accomplir.

D'ailleurs il ne faut pas trop étendre ces cas, et pour

(1 et 3) Paris, 7 février 1850, *D.* 52.II.246, *D. Alph.*, nos 4092 et 4093,

(2) Cass. Req., 22 avril 1808, *D. Alph.*, n° 4100.

apprécier la responsabilité de l'exécuteur saisi ou non, il faut d'abord avoir égard à son état et à sa qualité s'ils étaient connus du testateur (absence de domicile fixe par exemple) ; ensuite aux plus ou moins grandes difficultés qui se présentent dans chaque cas (défaut de paiement de créances à recouvrer non imputable, s'il n'a pu se procurer les titres ou si le recouvrement exigeait des frais énormes) (1).

§ 5. — Fonctions de l'exécuteur testamentaire sans saisine.

Tout d'abord les obligations de l'article 1031 doivent lui être appliquées, sauf celles qui résultent de la détention des valeurs mobilières. Les uns exigent l'apposition des scellés, en cas de nécessité, et l'inventaire obligatoire, qui sont des mesures de conservation toujours utiles (2). Les autres repoussent ces obligations et laissent à l'exécuteur testamentaire non saisi le plus large pouvoir d'apprécier l'utilité de ces mesures conservatoires (3). Il n'a pas non plus l'obligation de rendre compte, sauf s'il a eu maniement de deniers de la succession ; car les héritiers ont seul et la délivrance et la détention des biens héréditaires, seuls ils touchent les intérêts et capitaux dus à la succession ; eux seuls subissent les actions relatives à la composition active et passive de l'hérédité ; c'est ainsi que l'exécuteur non saisi ne peut obtenir la

(1) Cass., 27 mars 1827, *D. Alph.*, n° 4094.

(2) Troplong, t. VI, n° 2021 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 176 *bis*, XII.

(3) Demolombe, t. XXII, n° 162 ; Marcadé sur l'art. 1031, n° 1

conversion en titres au porteur d'actions nominatives du défunt (1). Il n'a la charge ni de l'exécution des legs ni de la *vente des biens*. En résumé c'est une *mission de pure surveillance*, et de contrôle avec pouvoir cependant de *provoquer* la vente du mobilier (2) et de défendre en justice la validité du testament et de son exécution.

§ 6. — Cessation du mandat de l'exécuteur testamentaire.

Malgré le silence de la loi sur ce point (car l'article 1032 ne règle que la transmission des fonctions), on y supplée facilement. Le mandat de l'exécuteur cesse :

1° *Par la mort de l'exécuteur testamentaire*, dont les héritiers, à qui les fonctions ne se transmettent pas, doivent donner avis aux intéressés ; et pendant la période transitoire ils doivent rendre compte de la gestion. Parfois la mort physique ne suffit pas à éteindre le mandat : c'est lorsque, *par exception*, la mission de l'exécuteur tient à la qualité de la personne morale, non à la personne physique, par exemple, si le testateur a désigné le doyen des notaires d'une ville, le curé d'une paroisse, le bâtonnier de l'ordre des avocats ; dans ce cas, c'est le successeur à la charge qui achève l'exécution (3).

2° *Par l'exécution complète du testament*. — C'est le mode normal ; la mission de l'exécuteur finit faute d'ob-

(1) Paris, 26 juin 1878, D. 79, II, 100; Pau, 27 juin 1887, arrêt cité, D. 88, II, 252.

(2) *Contra* : Colmet de Santerre, n° 176 bis, XIV.

(3) Toullier, t. III, n° 596 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 337, note b ; Troplong, t. IV, 2037 ; Demolombe, n° 106.

jet. A la différence de la saisine, le mandat spécial dure tant que les volontés du défunt ne sont pas remplies et revit si elles sont attaquées. « Les pouvoirs donnés
 « par le *de cujus* à un exécuteur testamentaire prennent
 « fin, lorsqu'à raison de circonstances postérieures au
 « décès du testateur, il est reconnu par le juge du fait
 « que l'exécution littérale des mesures prescrites par le
 « testament produirait manifestement des *effets contrai-*
 « *res à l'intention du testateur* et qu'elle serait de nature
 « à entraîner des *conséquences dommageables pour le lé-*
 « *gataire universel* » ; en l'espèce il s'agissait de la re-
 mise en adjudication d'un établissement thermal et d'au-
 tres immeubles dont la vente aux enchères avait échoué
 plusieurs fois, et le légataire universel s'y opposa à
 bon droit (1). Ce cas rentre dans la solution plus géné-
 rale, d'après laquelle les pouvoirs de l'exécuteur sont
 considérés comme expirés lorsqu'ils sont devenus sans
 utilité pour l'exécution du testament, par suite de la dé-
 livraison des legs aux légataires et de la *fin des instances*
 dans lesquelles il aurait intérêt à intervenir (2).

3° *Par la démission volontaire.* — Nous avons vu qu'il
 pouvait, après acceptation, renoncer à son mandat en
 vertu de l'article 2007, sauf à notifier sa renonciation aux
 parties intéressées et à les indemniser si elle leur préju-

(1) Trib. et Cour de Nîmes, 7 mai 1884 ; Cass. Req., 17 novembre 1885, *Revue du Notariat*, n° 7248.

(2) Cass., 19 avril 1859, D. 59.I.277 ; Demolombe, t. XXII, n° 107 ; Aubry et Rau, p. 457.

dicie, à moins d'impossibilité pour lui de continuer sa mission sans un préjudice considérable.

4° *Par la révocation ou destitution de l'exécuteur.* — Cette mesure ne peut être prise *que par décision judiciaire* (malgré l'opinion de M. Arntz, d'après laquelle les héritiers pourraient le révoquer, t. II, 2113), sur la demande des héritiers ou des légataires universels contre l'exécuteur reconnu incapable ou infidèle (1), ou bien encore si ce mandat gêne le droit de jouissance et de propriété des successeurs sur les biens de la succession, ce qui suppose la saisine chez l'exécuteur (2).

5° *Annulation du testament.* — L'exécution tombe avec lui et toutes les autres dispositions (3), sauf si les héritiers du sang ont simplement déclaré ne pas reconnaître le testament mystique de leur auteur sans articuler aucun moyen précis de nullité (provision due) (4).

6° *Suppression législative de la disposition* en vue de laquelle l'exécuteur est nommé : on cite l'exemple du maintien par l'exécuteur d'un fidéicommis perpétuel supprimé avec les substitutions (5).

Nous dirons en terminant que, le testateur ayant seul le droit de nommer des exécuteurs testamentaires (ce qui exclut la nomination par les tribunaux même d'un curateur par justice ou d'un administrateur), si l'exécu-

(1) Liège, 11 février 1834, *D. Alph.*, nos 4128, 4303 ; Liège, 26 juillet 1823, S. VII.2.242.

(2) Lyon, 7 avril 1835, *D. Alph.*, n° 4129.

(3) *D. Alph.*, n° 4134.

(4) Gand, 8 février 1838, *D. Alph.*, n° 429.

(5) Liège, 13 janvier 1813, *D. Alph.*, 166.

teur nommé n'accepte pas les fonctions, s'il décède, s'il se démet ou est révoqué, c'est aux héritiers ou légataires universels que revient le soin d'exécuter le testament (1).

§ 7. — Coexistence des deux saisines ; ses conséquences.

La saisine de l'exécuteur testamentaire n'empêche pas la saisine légale des héritiers ou légataires universels qui conservent et la propriété et la possession du mobilier, même pendant l'an et jour ; notre saisine n'est pas autre chose que la détention par l'exécuteur des objets héréditaires que l'héritier appréhende sans formalités. Nous avons vu une application des pouvoirs spéciaux de l'exécuteur dans le tri et la destruction des papiers de la succession ordonnés par le testateur ; nous voyons une application de la coexistence des deux saisines dans la demande possible par l'héritier, en l'absence de disposition du testament, de consignation de ces papiers utiles à tous, mais dont la possession exclusive n'est à personne, dans un dépôt public pendant toute la durée de l'exécution testamentaire (2). Mais c'est un cas exceptionnel de partage des droits ; la règle est que seuls les héritiers et légataires universels ont la possession et l'administration de l'hérédité : c'est à eux de toucher les revenus et les capitaux héréditaires, d'exercer les actions possessoires et pétitoires de la succession ; c'est contre eux que

(1) Caen, 13 janvier 1823 (S. chr.) ; Merlin, Grenier, Bayle-Mouillard, Duranton, Marcadé, Aubry et Rau, Demolombe.

(2) Bruxelles, 25 février 1818, *D. Alph.*, nos 4025, 4062 ; Devil, Collection nouvelle, V, 2, 358, aff. Simons.

doivent être dirigées les actions des légataires et des créanciers, même si le testateur a par exception chargé son mandataire du paiement des dettes.

De ces principes découlent plusieurs autres conséquences : 1° D'abord la saisine de l'exécuteur ne dispense pas les légataires de former une demande en délivrance contre les héritiers légitimes ou successeurs ; 2° Ceux-ci n'ont pas le droit de demander la nomination d'un administrateur provisoire, mais ils peuvent exiger le compte de gestion dans tous les cas (Paris, 18 décembre 1871, arrêt cité) ; 3° Au cas où les héritiers exerceraient la faculté de l'article 1027 (V. plus loin), la saisine cesserait, quoique le défunt ait chargé l'exécuteur de faire vendre tous ses biens, s'il n'avait ordonné cette vente que pour rendre l'exécution des dispositions plus facile (1) ; 4° Un jugement rendu contre l'exécuteur en faveur d'un créancier ou d'un légataire ne pourrait être opposé à l'héritier ou légataire universel qui n'a pas été mis en cause ; car ainsi l'exécuteur aurait qualité pour répondre à une action tendant à faire reconnaître un droit de créance contre la succession, alors qu'il n'est pas l'obligé ; 5° Enfin, l'exécuteur pendant l'an et jour ayant été constitué séquestre avec saisine, distincte de la mission de surveillance de l'exécution qui survit à cette saisine, il a été décidé que la liquidation judiciaire avait été valablement ordonnée en cas de cessation par l'an et jour de cette

(1) Bruxelles, 16 mars 1811, aff. Geerinck, *D. Alph.*, n° 4077.

saisine et de refus par lui de rendre compte de sa gestion (1).

Mais la saisine de l'exécuteur restreint cependant le droit d'administration des héritiers ou successeurs universels, en ce qu'elle autorise ce mandataire :

1° A prendre de fait possession du mobilier, en qualité de séquestre, et à le faire vendre jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire pour acquitter les legs ; mais, si le produit de la vente doit être versé entre ses mains, il ne doit cependant y procéder qu'avec le consentement des héritiers ou successeurs, et en cas de refus en vertu d'une sentence du juge.

2° A toucher les capitaux dus à la succession, ainsi que les revenus échus au décès du testateur, et à en donner quittance ; pour contraindre les débiteurs au remboursement, ou les actionner en justice pour obtenir condamnation, l'exécuteur doit agir avec l'assentiment de l'héritier ou du légataire universel. Il n'a aucun droit sur les revenus qui viennent à échoir durant l'année de l'exécution et qui n'ont jamais appartenu au testateur ;

3° Enfin, à employer les deniers comptants de la succession et les sommes versées entre ses mains au paiement des legs.

Au surplus, comme l'exécuteur, simple mandataire, ne détient le mobilier et ne l'administre qu'en qualité de

(1) Cass. Req., 19 juin 1895, XX, 1^o, 466.

séquestre, il fera bien, pour éviter tout reproche de mauvaise gestion de la part des successeurs du défunt, de n'agir que de concert avec eux, ou qu'après les avoir mis en demeure de défendre eux-mêmes leurs intérêts ; mais il leur demandera l'autorisation d'acquitter les legs, surtout ceux susceptibles de contestation, et leur dénoncera toute demande formée contre lui.

D'ailleurs l'héritier ou le légataire universel a la faculté de faire cesser, avant l'expiration de l'année utile, la saisine de l'exécuteur testamentaire qui gêne son droit de possesseur, et en même temps tous les pouvoirs qui peuvent être conférés à ce mandataire pour l'acquittement des legs mobiliers : il lui suffira, en vertu de l'article 1027, d'offrir de remettre à l'exécuteur somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers et l'exécution des charges pécuniaires du testament, ou de lui justifier de ce paiement.

Une dernière question se pose : les articles 1025 à 1034 *sont-ils limitatifs* ou le testateur peut-il conférer à son exécuteur testamentaire des pouvoirs plus étendus que ceux du Code civil ? Il y a bien peu d'adhérents au système restrictif absolu (1) ; il est d'ailleurs uniquement fondé sur la nature exceptionnelle de la charge de l'exécuteur « nommé pour restreindre les droits des vivants indépendants de la volonté du testateur mort » et sur la nature limitative et impérative des textes. Ce second ar-

(1) Grenier, t. I, n° 331, *D. alph.*, n° 4025 ; Laurent, t. XIV, n° 332 et n° 365 et suiv.

gument signifie précisément qu'en l'absence de l'intervention de la loi et en présence de son étroitesse les auteurs et la jurisprudence ont jugé utile d'y suppléer ; mais l'intervention du législateur serait bien nécessaire. Quant au premier, nous venons de le réfuter en montrant que l'héritier ou le successeur universel est libre de ne pas subir le mandataire du défunt en exécutant lui-même le testament et en donnant à l'exécuteur les moyens matériels de remplir sa mission ; de plus, et dans tous les cas importants, son concours est exigé.

Écartant cette opinion, nous arrivons à notre conclusion : c'est que, d'après la *théorie générale*, le Code ne donne que des exemples, des règles générales, et que le disposant a liberté complète d'accorder les pouvoirs les plus étendus à son exécuteur, du moment qu'ils sont *justifiés* et ne portent pas atteinte aux droits acquis, aux prohibitions de la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (1).

(1) Demolombe, t. XXII, nos 84 à 96. — Avec restrictions : Colmet de Santerre, t. IV, n° 176 bis, IX.

CONCLUSION

EXTENSIONS APPORTÉES PAR LA DOCTRINE
ET LA JURISPRUDENCE AUX POUVOIRS
ACCORDÉS A L'EXÉCUTEUR PAR LE CODE ; LEUR LÉGITIMITÉ.

La doctrine a posé sur ce point deux principes bien arrêtés qui, en permettant au testateur de donner des pouvoirs étendus à son exécuteur, n'en précisent pas moins les limites ; et la jurisprudence s'est inspirée de ces principes dans les nombreux arrêts où elle a validé ces pouvoirs. Et d'abord tous les pouvoirs conférés par le défunt en dehors des textes précis doivent avoir pour *objet direct l'exécution d'une clause de l'acte de dernière volonté* ; en second lieu, nous l'avons dit, ces pouvoirs ne doivent *pas être contraires aux prohibitions de la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs*. Reprenons ces deux règles et voyons-en les conséquences principales ; d'ailleurs elles sont indissolubles, et rarement on pourra atteindre l'une sans violer l'autre en même temps.

I. — *Les pouvoirs de l'exécuteur doivent tous avoir pour objet direct l'exécution d'une clause du testament.*

Nous retrouvons ici toutes les solutions données par

la majorité de la doctrine et par la jurisprudence sur les diverses questions d'extension des pouvoirs de l'exécuteur : ainsi le testateur ne pourrait conférer à son exécuteur l'administration des biens, même mobiliers, de sa succession qu'il laisse à ses héritiers, en l'absence de disposition en faveur d'un légataire ; ce serait une atteinte à leur droit de propriété, contraire et à la loi et à l'ordre public, intéressés tous deux à l'exacte dévolution des biens. De même, les tribunaux ont refusé *toute saisine indéterminée* dans sa durée, et qui, en l'espèce, portait de plus sur des immeubles : en effet, le testateur avait conféré à l'exécuteur le droit d'administrer les biens immobiliers dépendant de sa succession, jusqu'au décès d'un tiers légataire de l'usufruit (1) ; c'est une saisine prohibée par la loi. De plus, nous avons repoussé déjà dans cette étude la *saisine des immeubles*, comme atteinte inutile au droit de propriété des héritiers.

Voyons d'abord les pouvoirs admis en général en faveur de l'exécuteur :

1^o Validité de la clause l'autorisant *au paiement des dettes* (vu).

2^o Possibilité pour l'exécuteur de *provoquer la vente des immeubles en cas d'insuffisance*, et de plus, faculté absolue pour le testateur d'autoriser la conversion en numéraire par l'exécuteur des immeubles de la succession et de *la rendre ainsi mobilière d'immobilière qu'elle*

(1) Lyon, 26 août 1864, S. 65.II.264.

était (presque tous les auteurs, et la jurisprudence). Cependant certaines conditions sont imposées en ce cas : a) *opposition possible des légataires* à la vente des immeubles, avant que les héritiers légitimes aient fait la délivrance des legs (1). b) Le pouvoir de vendre les immeubles pour payer les legs, n'est valable que s'il n'y a *pas d'héritiers réservataires*, mais seulement des légataires universels (2) : dans ce cas, on valide la vente, même si l'un des légataires universels a accepté bénéficiairement (3) ; de même, est valable la promesse de vente faite par l'exécuteur (4).

Théorie de M. Laurent. — Nous avons vu que M. Laurent exigeait une stricte interprétation des articles 1025 à 1034 : on oublie, dit-il, en autorisant le testateur à conférer ces divers mandats non prévus directement par les textes, on oublie que le droit de tester vient de la loi seule, qui sauvegarde suffisamment la liberté du disposant en lui permettant à sa volonté la répartition de ses biens. Mais nous répondrons que la loi autorise par là même le testateur à donner à son exécuteur, à son mandataire posthume le droit de faire la *répartition entre divers légataires d'une portion de l'hérédité* et d'employer à cet effet les moyens permis par la loi, mais non forcé-

(1) Bruxelles, 2 août 1809, *D. alph.*, n° 4087.

(2) Douai, 27 août 1847, *D.* 47.II.209 ; 27 janvier 1864, *S.* 64.II.225 ; Cass., 4 août 1875, *D.* 76.I.8 ; Metz, 13 mai 1869, *D.* 69.II.192.

(3) Cass. Req., 17 avril 1855, *D.* 55.I.201.

(4) Douai, 27 décembre 1848, *D.* 49.V.393.

ment prévus dans les textes, et qui sont nécessaires pour remplir cette mission (1).

Mais doit-on aller plus loin et décider avec la Cour de Douai (2) (solution reprise par la même cour dans un arrêt récent, qui à notre connaissance, n'a pas donné lieu à intervention de la Cour suprême) que le testateur qui n'a pas d'héritiers à réserve peut valablement conférer à son exécuteur testamentaire, même en présence de mineurs ou autres incapables, le mandat de vendre les immeubles de sa succession sans formalités judiciaires, d'en toucher le prix et de répartir l'actif net entre les légataires ?

Pour M. Laurent, on enlève ainsi toute utilité aux articles 1025 à 1034 et l'on assimile deux choses distinctes : « la transmission des biens et l'exécution des dispositions qui les transmettent ». Le testateur, s'il peut donner ses biens à qui il veut en l'absence de réservataires (art. 893, 895 et 913, C. civ.) ne peut empêcher les héritiers ou légataires universels qu'il institue d'être propriétaires dès le décès de leur auteur et comme tels, seuls capables de procéder à la *vente des immeubles* ou à la *liquidation de la succession*, car le propriétaire a seul le droit d'aliéner.

Repoussons cette distinction de M. Laurent : pour nous, les articles cités confèrent au disposant les pouvoirs les plus larges pour la répartition de ses biens, et sa *volonté*

(1) Metz, 13 mai 1864, S. 64.II.132. Demolombe, t. XXII, n° 87.

(2) Douai, 27 janvier 1864, *Pal.* 1864-1065 ; Douai, 3 janvier 1893.

ne sera écartée que si elle est contraire à un texte formel de loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Il faut se garder de confondre la saisine des immeubles que nous repoussons, avec le droit d'en provoquer la vente. Car le but de la volonté du disposant, qui veut faire vendre tous ses biens, est uniquement de convertir son patrimoine entier en argent pour faire distribuer les sommes obtenues comme il l'entend et à qui il lui plaît ; comme cette vente ne peut avoir lieu qu'après son décès, il charge son mandataire posthume de la provoquer, d'en toucher le prix et de le distribuer selon ses désirs, en faisant pour cette vente *le moins de frais possible*.

D'ailleurs, par cette mission spéciale, l'exécuteur n'acquiert aucun droit réel, il n'agit que comme délégué du disposant avec responsabilité de ses actes envers les bénéficiaires et à charge de rendre compte aux héritiers ou légataires universels de sa gestion (car nous avons plus haut repoussé la dispense de rendre compte), et de leur remettre le reliquat de la valeur des biens au lieu et place de ces biens en nature.

Restrictions de M. Colmet de Santerre. — Un auteur, M. Colmet de Santerre (1), qui adopte notre théorie, s'en sépare toutefois en y apportant certaines restrictions relatives à son application pratique : il ne veut pas laisser l'exécuteur seul juge des clauses et conditions de la vente des immeubles qui déjà, d'après M. Vazeille (2), doit

(1) Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IV, n° 176 bis, IX.

(2) Vazeille sur l'art. 1031, n° 13.

être faite suivant les règles des articles 953 et suivants du Code de procédure civile. Contrairement aux décisions de la Cour suprême (1), qui autorisent le testateur à permettre à son exécuteur de toucher seul le prix de vente des immeubles et d'en faire la répartition entre les légataires, M. Colmet de Santerre n'admet pas la validité d'une telle clause.

Nous nous rangerons à la théorie de la jurisprudence que vient encore confirmer le récent arrêt de la Cour de Douai, et qui s'appuie en doctrine sur l'autorité de M. Demolombe (2) et de nombreux auteurs, et nous soutiendrons la validité d'une pareille clause, condition particulière du testament et qui découle tout naturellement de *la volonté du testateur* de convertir en numéraire le plus clair de sa succession, volonté dont nous avons déclaré l'accomplissement permis, puisqu'elle ne se heurte ni à un texte de loi ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs. Dès le moment où l'on admet notre principe en cette matière, on doit logiquement en tirer cette conclusion, que tout ce que la loi ne défend pas au testateur lui est permis.

M. Colmet de Santerre craint l'insolvabilité de l'exécuteur après qu'il a touché le prix ; pour lui, la garantie naturelle serait le dépôt des fonds à la Caisse des Consignations. Nous dirons que rien n'empêche le testateur

(1) Cass., 8 août 1848, *Pal.*, t. II, p. 649 ; Cass., 17 avril 1855, *Pal.*, 1856, t. II, p. 211.

(2) Demolombe, t. XXII, n° 92.

d'insérer cette condition dans son testament, et, devant son silence, les héritiers pourront toujours provoquer cette mesure ; s'ils ont préféré ne pas éviter l'intervention de l'exécuteur sur les immeubles en lui fournissant les sommes nécessaires, ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux s'ils sont obligés de payer les legs, sauf leur recours contre l'exécuteur, recours bien illusoire il est vrai.

M. Demolombe (*loc. cit.*) ajoute même que « l'exécuteur pourrait être autorisé à vendre les immeubles, non « seulement devant notaire et par adjudication, d'après « un cahier de charges arrêté par lui seul », ce que nous venons d'admettre, « mais même aussi à l'amiable et de « gré à gré, sous la garantie d'ailleurs, bien entendu, de « sa responsabilité personnelle, à raison de la fraude, « de la faute ou de la négligence qu'il aurait pu commettre dans l'accomplissement de ce mandat » (1). Ici l'insolvabilité serait plus à craindre et pour les héritiers tenus des legs et pour les légataires ; cependant, en présence de la volonté formellement exprimée par le testateur de permettre à son mandataire cette vente amiable, nous en admettons également la validité. Toutefois, si la conversion en numéraire a été posée par le testateur comme condition de la transmission de sa fortune à son ou à ses héritiers naturels, et que ceux-ci renoncent au legs fait sous notre condition, et réclament leur part d'*héritiers réservataires*, les pouvoirs de convertir les

(1) Cass., 15 avril 1861, aff. Bonhore, Dev. 1862. I. 201.

meubles et immeubles en argent s'évanouiront, à moins que le défunt, en prévision de cette éventualité, n'ait fixé dans son testament à ses héritiers la part de leur réserve et n'ait désigné subsidiairement un légataire de la quotité disponible pour le cas où les héritiers n'accepteraient pas cette condition : l'intervention de l'exécuteur dans la succession pour la vente des biens et la répartition des sommes d'argent en provenant. On a ainsi validé la disposition par laquelle un père avait chargé son exécuteur de vendre les biens de la quotité disponible pour les convertir en une rente viagère incessible et insaisissable sur la tête de son fils à qui il avait d'abord attribué sa réserve (1).

Nous voyons dans le dispositif des arrêts, et notamment dans celui de la Cour de Douai du 3 janvier 1893 précité, qu'en l'absence d'héritiers à réserve le testateur peut conférer le mandat de vendre les immeubles, d'en toucher le prix et de répartir l'actif net entre les légataires, et que ce droit appartient au testateur « *même en présence de mineurs ou autres incapables* » et « *sans formalités judiciaires* ». Mais, avant de discuter la légitimité de ces pouvoirs, ce qui terminera cette étude déjà longue, nous allons rapidement voir les conséquences particulières de notre second principe :

(1) Paris, 7 février 1850, D., 52.II.46. Demolombe, t. XXII, n^{os} 94 et 96.

II. — *Les pouvoirs plus étendus que ceux de la loi, conférés par le testateur à son exécuteur testamentaire, ne doivent pas être contraires aux prohibitions de la loi, ni contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.*

Ce principe, admis de tous, est de toute évidence ; nous en avons tiré les conséquences principales, en repoussant, comme des atteintes à la loi et aux droits qu'elle confère aux héritiers, la saisine de plus de l'an et jour, la saisine des immeubles, les dispenses de faire inventaire et de rendre compte de la gestion.

Quant aux clauses contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs dans un testament, elles sont réputées non écrites (art. 900, C. civ.) : ainsi nous annulerons la clause admise par la jurisprudence dans l'ancien droit « par laquelle le testateur aurait chargé l'exécuteur testamentaire de distribuer ses biens, en tout ou en partie, à des personnes que le testament ne ferait pas connaître, ou d'en employer le prix à des œuvres dont le testament n'indiquerait pas le caractère et la destination ». Nos anciens auteurs annulaient cette clause (1) ; aujourd'hui on les annule en jurisprudence et en doctrine comme visant des personnes incertaines (2), moyen facile d'échapper à toutes les incapacités de recevoir, notamment pour les établissements civils ou religieux et autres personnes morales non reconnues.

(1) Furgole, n° 52 ; Poullain-Duparc, *Principes de Droit*, t. VII, p. 131.

(2) Cass., 17 nov. 1863, D. 63.I.441. Toullier, t. III, n° 587 ; Duranton, t. IX, n° 408 ; Troplong, t. IV, n° 2022.

De même il y a nullité de la disposition testamentaire par laquelle le testateur crée une fondation pour servir à perpétuité à l'éducation et à l'apprentissage de ses parents collatéraux, et charge dans ce but plusieurs exécuteurs de l'administration de cette fondation ; c'est une libéralité à des personnes incertaines (Pau, 7 décembre 1861, S. 62.II.258) ; pourtant la Cour suprême a admis la validité d'une libéralité de cette nature faite à une œuvre de bienfaisance (1), bien qu'elle ait été attribuée à d'autres œuvres ultérieurement, mais c'est une exception à raison du but primordial seul connu de la Cour. De même il faut admettre par exception la validité d'une clause de cette nature si un contrat passé antérieurement entre l'exécuteur et le testateur désigne l'emploi bien précis de ces libéralités (2), non spécifié dans le testament.

Quid de la constitution de l'exécuteur testamentaire comme juge sans appel des contestations entre héritiers et légataires, ou entre légataires sur l'exécution du testament ? C'est une atteinte à la propriété, que le testateur ne peut soumettre à la condition illicite et réputée non écrite, de soustraire le propriétaire des biens ou du legs à la protection du pouvoir judiciaire ; de plus la liberté du choix des arbitres est sacrée (3). Et nous revenons ainsi à notre question : n'est-ce pas soustraire les mi-

(1) Cass., 1^{er} juillet 1861, S. 61.I.753.

(2) Nîmes, 23 mai 1865, S. 65.II.285.

(3) Tribunal de la Seine, 27 mai 1865, *Le Droit*, 18 juin 1865. Demolombe, t. XXII, n^o 100.

neurs ou autres incapables à la protection de la loi que *de supprimer les formalités judiciaires* pour le partage ou la vente des biens de la succession échue à ces mineurs ou incapables ? Nous allons voir qu'à la suite de Demolombe, hardi novateur en cette matière, la jurisprudence déjà citée admet *certaines moyens d'éviter les formalités très longues et fort coûteuses des partages judiciaires*, en cas de succession échue à des incapables, et surtout à des mineurs dont l'arrivée à la majorité est un fait certain, alors que les interdits ou les absents peuvent rester aliénés ou disparus.

Et d'abord M. Demolombe (n° 93) déclare formellement valable la vente des immeubles par les soins de l'exécuteur et la répartition du prix entre les légataires, même si les *légataires universels ou autres sont mineurs ou interdits*, ou si majeurs ils n'acceptent le legs que *sous bénéfice d'inventaire*, et ce malgré les formalités de justice pour la vente des mineurs et autres incapables que le testateur a voulu formellement écarter par une clause de son testament, du moins en l'absence de réservataires (1). C'est, dit-il, que les biens n'appartiennent aux légataires ou successeurs mineurs ou interdits non réservataires, que sous la *condition testamentaire qu'ils ne leur adviendront qu'après leur conversion en deniers* », c'est en un mot la liquidation qui est remise aux mains de l'exécuteur, sauf à appeler à la vente des biens les héritiers non réserva-

(1) Paris, 13 août 1849 ; Trib. Seine, 25 mars 1885, cité ; Douai, 27 janvier 1864 et 3 janv. 1893, cités.

taires et successeurs universels du défunt (1) ou les représentants des incapables d'entre eux, c'est-à-dire leurs tuteurs et subrogés-tuteurs. Pour le cas d'acceptation bénéficiaire (2), et pour la répartition de la portion disponible s'il y a des héritiers réservataires dont le testateur a fixé la réserve dans son testament (3), la jurisprudence et la doctrine sont d'accord (Demolombe, 94, 95 et 96) ; il en est de même si le testateur a laissé aux héritiers réservataires le soin de fixer leur réserve.

A n'en considérer que le côté pratique, cette solution est une simplification énorme apportée aux opérations de partage ou licitation, coûteuses et longues en général : toute combinaison, qui n'est pas illégale, pour éviter ces frais et ces longueurs, doit être prise en considération et par la jurisprudence et par le légiste lui-même. Un exemple de ces combinaisons qui, en réalité, ne se distingue que par la forme de notre moyen, est ce qu'on appelle le *partage transactionnel*. Il consiste à partager des biens indivis avec des mineurs sous forme de transaction ; et la jurisprudence n'hésite pas à valider ce partage. Un arrêt du 30 août 1815 (4) rapporté par un autre arrêt d'Angers du 7 août 1874, avait eu le tort d'admettre la *substitution* des formalités de la transaction à celles du

(1) Douai, 26 août 1847 ; Cass., 8 août 1848 ; Paris, 8 juillet 1856 ; Rennes, 22 août 1860.

(2) Cass., 17 avril 1855, S. 56.I.253.

(3) Cass., 15 février 1870, S. 70.I.261.

(4) Cass., 30 août 1815, S. 15.I.404.

partage, ce qui s'écarterait de la logique (1) et du but d'économie poursuivi. Mais les cours, en adoptant la même solution, eurent soin d'adopter le principe posé par M. Demolombe (*Successions*, t. III, n° 408) ; à savoir que la transaction-partage ne doit intervenir que par *suite de l'existence de difficultés prévues*, d'une contestation née ou près de naître. L'intervention du législateur serait utile en cette matière pour valider cette combinaison bien utile. Il en est de même de la clause de porte-fort très usitée quand les héritiers mineurs approchent de la majorité lors du partage.

La combinaison qui nous occupe présente la même utilité : c'est pourquoi la jurisprudence l'a adoptée, je dirai, presque unanimement depuis 50 ans. Elle est d'ailleurs plus facile à justifier : le testateur, en léguant ses biens à ses héritiers institués sous la condition qu'ils seront réalisés par un exécuteur testamentaire, ne méconnaît en rien la puissance protectrice sous laquelle les mineurs sont placés, ne substitue pas un autre mode d'administration à celui que la loi a organisé ; d'ailleurs l'administration légale de leurs biens, dont le père est privé par le testateur, sur les biens par lui légués à son fils mineur, peut très bien être confiée à un exécuteur testamentaire. A plus forte raison ce dernier peut-il simplement réaliser l'actif d'une succession échue au mineur et le remettre à son représentant légal, et ce en vertu du testament.

(1) Laurent, *Contra* : *Principes de droit civil*, t. X, n° 295.

Nous concluons donc que les exécuteurs testamentaires ont pour mission de *veiller à ce que le testament soit exécuté*, si ses clauses ne sont pas contraires à la loi, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, et qu'il est à souhaiter que cet usage de liquider à l'amiable une succession où interviennent des mineurs se généralise en pratique, en attendant la consécration législative.

Nous nous sommes efforcé dans cette étude de rechercher, en même temps que la solution des principales questions posées en doctrine et en jurisprudence, la conciliation de ces doctrines avec la nature même de notre institution telle que nous l'avons vue sortir de l'ancien droit français, et aussi avec les nécessités de la pratique. Celle-ci tend en effet à simplifier de plus en plus les formalités, en vue de la rapide expédition des affaires, principalement en ce qui concerne les successions, dont la liquidation intéresse au plus haut point, non seulement le monde des affaires, mais aussi chacun de nous, et touche de si près à notre législation fiscale qu'une loi nouvelle du 26 février dernier, est venue en modifier les bases essentielles sur lesquelles repose la fortune même de notre pays.

Heureux si, par cet aperçu de la doctrine et de la jurisprudence en cette matière, nous avons pu condenser en un tout l'étude de cette institution qui tend de plus en plus à pénétrer dans nos mœurs, à l'imitation de l'Angleterre où elle est souveraine ; nous souhaitons que,

sous l'impulsion des décisions judiciaires intervenues, elle prenne un essor rapide que devrait encourager l'intervention du législateur.

Vu :

Le Président de la thèse,
PLANIOU.

Vu :

Pour le Doyen,
L'assesseur,
CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GÉRARD.

BIBLIOGRAPHIE

JURISPRUDENCE.

Dalloz. — *Répertoire périodique*, V^o *Dispositions entre vifs et testamentaires*, t. XVI, pp. 1100-1114.

— *Supplément au Répertoire*, id., pp. 260-262.

— *Codes annotés*, pp. 855-860 et *Supplément*, pp. 265-266.

— *Dalloz Périodique* (par années).

Sirey, Fuzier-Hermann. — 1891, *Codes annotés*, II, pp. 797-809.

— *Sirey Périodique*.

Pandectes françaises. — *Donations et testaments*, t. XXVI, 3^e partie, titre V, pp. 334-362.

Gazette du Palais, t. XVI, pp. 925-926.

Pasicrisie belge. Devilleneuve, *Collection nouvelle*.

Revue du notariat. — *Collection périodique* (depuis 1880).

DOCTRINE.

Ancien droit :

Beaumanoir. — *Coutumes de Beauvoisis*, cap. XII.

Bacquet. — *Du droit de bâtardise*, ch. VII et ch. XVII.

Ferrière. — *Nouveau Commentaire de la coutume de Paris*, sur l'art. 297.

Furgole. — *Traité des testaments*, t. IV, ch. X, sect. IV.

Pothier. — *Donations testamentaires*, ch. V, sect. I.

— *Introduction à la coutume d'Orléans*, t. VIII, pp. 283-290.

Ricard. — *Traité des Donations entre vifs et testam.*, t. I, 2^e partie, chap. II.

Merlin. — *Répertoire alphabétique*, V^o *Ex. Testam.*, IV.

Fenet. — *Travaux préparatoires*, pp. 462-463 et 610.

Locré. — *Bigot de Préameneu*, t. XIV, n^o 68 ; *Favard*, XVI, n^o 20.

— *Rapport de M. Jaubert*, t. XV, n^o 65.

Auteurs modernes :

Arntz (E. R.N.). — *Cours de droit civil français*, t. II, n^{os} 2113-2116.

- Aubry et Rau.** — Cours de droit civil français (4^e éd.), t. VII, § 711, pp. 447-459.
- Bayle Mouillard.** — *Traité des donations et testaments*, t. III, pp. 1-29.
- Baudry-Lacantinerie et Colin.** — *Traité théorique et pratique de droit civil*, Des donations entre vifs et testam., t. II, n^{os} 2579 et suiv., pp. 282 et suiv.
- Coin-Delisle.** — Donations et testam., ch. V, sect. VII, sur les art. 1025-1034.
- Colmet de Santerre** après Demante. — Cours analytique de Code civil (2^e éd.), t. IV, n^{os} 171 *bis* et suiv. et n^o 176 *bis* et suiv., pp. 354-371 et t. VI, n^o 41 *bis*.
- Delvincourt.** — Cours de Code civil (éd. de 1824), t. II, pp. 371 et suiv. des notes.
- Demolombe.** — Cours de Code Napoléon (4^e éd., t. XXII, pp. 1-100 ou *Traité des donations et des testaments*, t. V, n^{os} 1-110.
- Duranton.** — Cours de droit français (1^{re} éd., 1825), t. IX, pp. 390 et suiv.
- Huc.** — Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. VI, n^{os} 357 et suiv., pp. 451 et suiv.
- Laurent.** — *Principes de droit civil*, t. XIV (3^e éd., 1870), pp. 349 à 425.
- Marcadé et Pont.** — Explication théorique et pratique du Code civil, 8^e éd., t. IV, pp. 117, 130 sur les art. 1025-1034.
- Mourlon et Demangeat.** — Répétitions écrites sur le Code civil (2^e éd.), pp. 469-479, n^{os} 865-875.
- Pigeau.** — La procédure civile des tribunaux de France, t. II, pp. 579-580.
- Planiol.** — *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, pp. 802-805.
- Toullier.** — Droit civil français (6^e éd.), t. VI, pp. 577 et suiv.
- Troplong.** — Donations et testaments (1^{re} éd., 1855), t. IV, n^{os} 1900-2045.
- Vazeille.** — Commentaire sur les successions, donations et testaments, sur les art. 1025 à 1034.
- Zachariae.** — Code civil (5 vol. 1860-1864), t. II, p. 256 et suiv.
- Adde* : *Dictionnaire alphabétique*, n^{os} 3752, 4028 et suiv., 4052-4125, 4132 et suiv. et 4218.
-

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE PREMIER

Introduction historique.

	Pages
§ 1. — <i>Des exécuteurs testamentaires à Rome et jusqu'au X^e siècle</i>	5
§ 2. — <i>Développement progressif de notre institution ; complète formation chez Beaumanoir</i>	21
A. — Du X ^e au XIII ^e siècle	21
B. — L'exécution testamentaire chez Beaumanoir	25
§ 3. — <i>L'exécution testamentaire du XIV^e au XVIII^e siècle</i>	33
A. — Idées générales	33
B. — Furgole et les coutumes	35

CHAPITRE II

Nature de la charge d'exécuteur testamentaire.

§ 1. — <i>Sa définition. Sa nature</i>	44
A. — Théorie générale.	45
B. — Théorie de M. Huc	50
C. — Le mandat émane du seul testateur	58
§ 2. — <i>Conséquences de cette nature</i>	63
A. — Application à notre matière des <i>règles générales du mandat</i>	63
B. — Énumération des règles spéciales au mandat de l'exécuteur testamentaire.	69

CHAPITRE III

Nomination de l'exécuteur. Son acceptation.

§ 1. — <i>Mode de nomination et de révocation de l'exécuteur</i>	71
A. — Nomination	71
B. — Révocation.	77

§ 2. — <i>Dans quel sens faut-il entendre la gratuité des fonctions de l'exécuteur testamentaire ? Corrélation entre la libéralité et l'acceptation</i>	81
A. — Limites dans lesquelles on peut léguer à un exécuteur testamentaire.	81
B. — Acceptation ou refus du mandat d'exécuteur ; corrélation entre cette acceptation ou ce refus et la libéralité qui accompagne la nomination	88
C. — De la transmission de ces fonctions	95
§ 3. — <i>Cas de pluralité d'exécuteurs testamentaires ; hypothèses possibles ; solidarité très limitée.</i>	98
A. — Opinion de Delvincourt et Duranton	102
B. — Opinion générale.	104

CHAPITRE IV

Personnes capables d'être exécuteurs testamentaires.

§ 1. — <i>Capacité exigée ; époque où elle doit exister ; capacités entendues d'une façon restrictive</i>	110
A. — Capacité exigée ; à quelle époque ?	110
B. — Capacités entendues de façon restrictive.	111
§ 2. — <i>Incapacités absolues.</i>	117
A. — Incapacité absolue du mineur, de l'interdit, etc.	117
B. — Incapacité absolue de la commune et des établissements publics en général.	124
§ 3. — <i>Capacité spéciale de la femme mariée.</i>	125
A. — Exceptions au principe.	127
B. — Conséquences du principe.	128

CHAPITRE V

Droits, pouvoirs et obligations des exécuteurs testamentaires.

§ 1. — <i>De l'exécuteur testamentaire avec saisine ; de la saisine de l'exécuteur testamentaire</i>	144
A. — Nature de la saisine.	146
B. — Durée de la saisine ; son point de départ	148
C. — Etendue de la saisine, ses effets	151
<i>Quid de la saisine des immeubles ?</i>	154

§ 2. — <i>Actes ou mesures conservatoires.</i>	168
A. — Apposition des scellés, dans les cas utiles	169
1 ^o Opinion de M. Pigeau. — 2 ^o Opinion de Marcadé. —	
3 ^o Système de M. Troplong. — 4 ^o Système mixte.	169
B. — Deuxième mesure conservatoire ; inventaire obliga-	
toire	175
<i>Quid de la dispense d'inventaire ?</i>	176
1 ^o Affirmative	176
2 ^o Négative	181
C. — Autres mesures conservatoires ; controverses pour	
le paiement des dettes.	189
a) Trois cas	189
b) Du paiement des dettes ; mandat spécial exigé.	190
§ 3. — <i>Exécution des dispositions du testament en général : ac-</i>	
<i>quittement des legs mobiliers ; vente des meubles et des</i>	
<i>immeubles s'il y a lieu ; autres pouvoirs.</i>	193
A. — Acquittance des legs mobiliers et vente des me-	
ubles, s'il y a lieu.	193
B. — De la vente éventuelle des immeubles ; controverse.	
Premier système. Deuxième système. Conclusion.	198
C. — Exécution des autres clauses du testament ; pouvoirs	
additionnels	205
1 ^o Intervention en cas de contestation sur l'exécution.	207
2 ^o Action directe de l'exécuteur	207
3 ^o Mission de donner mainlevée.	208
D. — Mandats spéciaux	214
a) Refus de se dessaisir des meubles, titres, etc.	214
b) Règlement des funérailles	215
c) L'exécuteur peut intervenir dans certains cas spé-	
ciaux (abus d'expertises par ex.).	216
§ 4. — <i>Obligations diverses de l'exécuteur testamentaire ;</i>	
<i>principale obligation de rendre compte de sa ges-</i>	
<i>tion ; responsabilité.</i>	216
a) Reddition de compte	217
b) De la dispense de rendre compte.	221
c) Responsabilité	224
§ 5. — <i>Fonctions de l'exécuteur testamentaire sans saisine.</i>	226
§ 6. — <i>Cessation du mandat de l'exécuteur testamentaire</i>	227
1 ^o Par la mort de l'exécuteur. — 2 ^o Par l'exécution com-	

plète du testament. — 3° Par la démission volontaire. — 4° Par la révocation ou destitution de l'exécuteur. — 5° Par l'annulation du testament. — 6° Suppression législative de la disposition en vue de laquelle l'exécuteur est nommé	227
§ 7. — <i>Coexistence des deux saisines ; conséquences</i>	230
CONCLUSION. — Extensions apportées par la doctrine et la jurisprudence aux pouvoirs accordés à l'exécuteur testamentaire par le Code	235
Premier principe : Théorie de M. Laurent. — Théorie générale. — Restrictions de M. Colmet de Santerre. . .	235
Deuxième principe : Moyens détournés d'arriver à la liquidation de la succession en présence d'incapables . . .	243

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
